

Beviskrav ved (u)tilregnelighet

"In dubio pro reo"



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 656
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17995 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstillingen	1
1.2	Aktualitet	1
1.3	Struktur og Avgrensninger	4
1.4	Rettskildebruk	4
<u>2</u>	<u>UTILREGNELIGHET</u>	<u>6</u>
2.1	Grunnleggende betingelser for straff	6
2.2	Nærmere om straff, sammenhengen mellom tilregnelighet og straffens formål	7
2.3	Utilregnelighetsbetingelsene og det medisinske prinsipp	9
2.3.1	Psykotisk i gjerningsøyeblikket	10
<u>3</u>	<u>BEVISTEORETISKE BEGREPER</u>	<u>13</u>
<u>4</u>	<u>DET ALMINNELIGE BEVISKRAVET I STRAFFESAKER</u>	<u>19</u>
4.1	Innledning	19
4.2	Uskyldspresumsjonen	20
4.3	Beviskravets nærmere innhold	21
<u>5</u>	<u>HVA ER BEVISKRAVET FOR (U)TILREGNELIGHET?</u>	<u>23</u>
5.1	Innledning	23
5.2	Beviskravet ved tilregnelighet	24
5.2.1	Reelle hensyn, og formålsbetraktninger	24
5.2.2	Forarbeidene	25

5.2.3	Rettspraksis	26
5.2.4	Hvilket beviskrav gjelder der tiltalte ønsker å bli bedømt som tilregnelig?	46
5.2.5	Oppsummering	48
6	RETTSPOLITISK VURDERING	49
6.1	Sammenligning med internasjonale regler	49
6.2	Utilregnelighetsbestemmelsene i et historisk perspektiv	50
6.3	Favner straffrihetsbestemmelsen for vidt?	52
6.4	Er strafferettens system diskriminerende ovenfor personer med mentale lidelser?	55
6.5	Oppfordring/forslag til lovgiver om revisjon av utilregnelighetsbestemmelsene	57
7	LITTERATURLISTE	64
7.1	Juridisk litteratur	64
7.2	Tidsskriftsartikler	65
7.3	Avisartikler	65
7.4	Nettdokumenter	65
7.5	Lover	66
7.6	Forarbeider	66
7.7	Rundskriv	66
7.8	Avgjørelser fra høyesterett	66
7.9	Avgjørelser lagmannsretten	67
7.10	Avgjørelser fra EMD	67
7.11	Angloamerikansk praksis	67
	England	67

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Problemstillingen i denne avhandlingen er hvilket beviskrav som gjelder for å anse en person som psykotisk i medhold av strl § 44 først ledd, og dermed utilregnelig i straffelovens forstand.

1.2 Aktualitet

Det pågår for tiden en debatt om hvilket beviskrav som gjelder for å anse en person som utilregnelig jf strl § 44. Det følger av det alminnelige beviskravet i straffesaker at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, det prinsippet gjelder etter den tradisjonelle lære for alle straffbarhetsvilkår, også i forhold til vilkåret om tilregnelighet, jf. strl § 44. At det alminnelige beviskravet ved tilregnelighet er mildere enn ved spørsmål om tiltalte har begått de straffbare handlingene synes det å være enighet om. Uenigheten dreier seg om hvordan tvil skal komme tiltalte til gode, altså hvilken betydning tvil skal ha for tiltalte. Herunder om vedkommende skal anses som tilregnelig eller utilregnelig der spørsmålet fremstår som tvilsomt. Denne uenigheten grunner på ulike syn i forhold til hva som er fordelaktig for den tiltalte, om det vil være å frifinnes fra straffekravet ved å erklæres utilregnelig, eller om det vil være å få stå til ansvar slik som alle andre.¹ Endelig er det uenighet i forhold til hva det alminnelige beviskravet er ved spørsmål om tilregnelighet. Det fremholdes her av enkelte at en ren sannsynlighetsovervekt må være tilstrekkelig for å legge til grunn at tiltalte er tilregnelig. Problemstillingen er særlig aktuelt der tiltalte selv ønsker å bli bedømt som tilregnelig.²

Kjernen av debatten er av sammensatt og grunnleggende karakter og har pågått lenge. Etter terrorhandlingene i 2011 fikk problemstillingen nytt liv.³ Grunnen til det er at påtalemyndighetene har varslet at de vil argumentere for at Andres Behring Breivik er

¹ Lund(2012)

² Bøhn(2012)

³ Terrorhandlingene 22.07.2011 på Utøya og regjeringskvartalet.

utilregnelig men har tatt forbehold i tiltalen om at de kan komme til å nedlegge påstand om tilregnelighet. Breivik selv ønsker å bli bedømt som tilregnelig og skal søke å bevise dette for retten.⁴

Påtalemyndighetene har tidligere stilt seg avvisende til at det skal oppnevnes nye psykiatriske sakkyndige i terrorsaken. Deres motstand er oppfattet å være på grunn av deres forståelse av beviskravet.⁵ Fordi uansett om den nye erklæringen skulle konkludere med tilregnelighet vil det etter påtalemyndighetene syn foreligge rimelig tvil på grunn av den første erklæringen. I denne situasjonen vil ikke tilregneligheten etter påtalemyndighetene syn være bevist ut over rimelig tvil, dermed må tvilen komme Breivik til gode i form av utilregnelighet og dermed fritagelse fra straffekravet. Dette anser påtalemyndighetene som sikker juss.⁶

Mot dette har det kommet sterke innvendinger. Disse er begrunnet med at den foreliggende rettspraksis ikke er ærlig klar, og at denne ikke uten videre kan anvendes i terrorsaken da denne gjelder en annen situasjon, nemlig den der tiltalte selv ønsker å bli bedømt som tilregnelig. Det kan hevdes her at beviskravet er enda mildere, at det i slike tilfeller må holde med ren sannsynlighetsovervekt.⁷ Om et beviskrav som gir anvisning på sannsynlighetsovervekt følger av rettspraksis jf Rt 2008 s 549 fremstår som uklart, det må imidlertid kunne argumenteres for at de reelle hensyn tilsier en slik løsning. Dette fordi begrunnelsen bak det strenge beviskravet er hensynet til å unngå justismord. Den bakenforliggende oppfatning er at det er bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig blir dømt. Denne begrunnelsen kan ikke anvendes ved tilregnelighetsspørsmålet fordi her er det på det rene at vedkommende har begått de påklagede handlinger. Dermed vil rimelighetshensyn tale for at beviskravet er mildere enn ved de øvrige straffbarhetsbetingelsene.

⁴ Thømt Ruud, Granly Sindre(2012). Se tiltalebeslutningen mot Breivik.

⁵ Bøhn(2012)

⁶ Bøhn(2012)

⁷ Bøhn(2012)

På denne bakgrunn vil det kunne være hensiktsmessig med en ny judisiell vurdering av Breivik da den etter den samlede bevisføring kan føre til at det nettopp er sannsynlighetsovervekt for at Breivik er tilregnelig. Denne situasjonen står per i dag uprøvd for retten, og vi vet derfor ikke hvordan de vil stille seg til spørsmålet. Et poeng er imidlertid at jussen nødvendigvis ikke er så sikker som påtalemyndighetene hevder. Problemstillingen er av prinsipiell betydning og vil sannsynligvis få sin avklaring gjennom domstolens behandling av terrorsaken.⁸

I terrorsaken ble det på grunn av den massive medieomtalen og sakens alvorlighetsgrad foretatt en ny judisiell vurdering av tiltalte med det resultat at det nå foreligger to rettspsykiatriske erklæringer med motsatt resultat. Hvordan disse vil vektlegges ved rettens bevisvurdering, og hvilket beviskrav som vil bli anvendt i saken gjenstår å se.

I forhold til debatten om hvorvidt det er en fordel å anses for utilregnelig fremholdes det med Ketil Lund i spissen at det medisinske prinsipp og utilregnelighetsreglene fører til en omfattende diskriminering og dehumanisering av mennesker med psykiske handikap. Dette kan ifølge Lund ikke moralsk forsvares, han hevder at disse menneskene bør stilles til ansvar på lik linje som alle andre. Til støtte for dette anfører han at rettslig handleevne er en menneskerett jf konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter(CRPD).⁹ Det kan også argumenteres med at det vil kunne oppleves mer belastende for den tiltalte med en reaksjon på ubestemt tid enn en tidsbegrenset straff.

På den andre siden av debatten argumenteres det for at det følger av uskyldspresumsjonen at det er en fordel å slippe straff da det er straffekravet som avgjøres, og at tvil om spørsmålet nødvendigvis må føre til utilregnelighet.¹⁰ Videre hevdes at man ikke kan anvende beviskravet relativt etter hva som etter den tiltaltes subjektive oppfatning er mest fordelaktig.¹¹

⁸ Bøhn(2012)

⁹ Lund(2012)

¹⁰ Strandbakken(2003) s. 404

¹¹ Elden(2012)

Debatten er langt fra over og det vil bli meget interessant å se hvilke ringvirkninger debatten og terrorsaken vil få for norsk strafferett og straffeprosess.

1.3 Struktur og Avgrensninger

Av hensyn til omfanget av en slik spesialavhandling som denne mener jeg det vil favne for vidt å behandle samtlige utilregnelighetsgrunner og hele bevislæren. Jeg mener derfor det er naturlig å fokusere på avhandlingens kjerne som er beviskrav ved psykose jf strl § 44.

I tråd med problemformuleringen vil jeg i det følgende foreta en analyse av beviskravet ved tilregnelighet. Dette fordrer en undersøkelse av reglenes struktur og art, noe som i sin tur aktualiserer en rekke sentrale problemstillinger. Det er disse hovedproblemstillingene som er utgangspunktet for oppgavens hoveddel:

1. Hva er det generelle beviskravet i strafferetten?
2. Hvilket beviskrav gjelder ved tilregnelighet? Herunder om beviskravet er det samme i alle tilfeller, eller om beviskravet må lempes på der tiltalte ønsker å bli bedømt som tilregnelig?

I avhandlingens kapittel to skal jeg redegjøre for begrepene tilregnelighet og psykose. I kapittel 3 skal jeg forklare innholdet i begrepet beviskrav samt de øvrige bevisteoretiske begreper av relevans. Etter denne gjennomgangen av de sentrale begrepene i forhold til min problemstilling skal jeg i kapittel fire redegjøre for det alminnelige beviskravet i strafferetten. Med dette har jeg etablert rammen for avhandlingens problemstilling og går da over til å søke å svare på den (de lege lata) i kapittel fem. Avslutningsvis vil det bli foretatt en rettspolitisk vurdering(en de lege ferenda drøftelse) av utilregnelighetsreglene i norsk strafferett.

1.4 Rettskildebruk

Ved rettsanvendelse er målet ofte å finne frem til en rettsregel.¹² Rettsanvenderen kan så anvende rettsregelen på faktum.¹³ Denne avhandlingen skal ikke begrense seg til et konkret saksforhold, men skal søke å finne frem til gjeldende rett uavhengig av faktum.¹⁴

For å svare på problemstillingen skal jeg anvende de relevante rettskildefaktorene, herunder utlede slutninger fra disse, og tilslutt å foreta en harmonisering av argumentene.¹⁵ Målet er å finne frem til en rettsregel som svarer på min problemstilling om hvilket beviskrav som gjelder ved (u)tilregnelighet.

I tråd med dette skal jeg anvende de sentrale rettskildefaktorene på strafferettens og straffeprosessens område.¹⁶ Først og fremst lovtekst, forarbeider, og rettspraksis samt juridisk litteratur.¹⁷ Rettspraksis fra England og USA vil til dels nevnes da beviskravet i norsk strafferett tilsvarer det angloamerikanske beviskravet.¹⁸

¹² Jeg forstår Eckhoff slik at han med begrepet ”regel” mener det man kommer frem til når de relevante rettskildefaktorene er tolket, og det er foretatt en harmonisering av argumentene slik at det ikke foreligger motstrid mellom dem. Se Eckhoff(2000) s 30-32

¹³ De gjøres normalt ved de individuelle rettsspørsmål, men ikke alltid. Se Eckhoff(2000) s 31.

¹⁴ Dette er ifølge Eckhoff sin terminologi å drøfte generelle rettsspørsmål. Se Eckhoff(2000) s 30.

¹⁵ En rettskildefaktor er en argumentbærer. Jf Helgesen(07.02.2011). At en rettskildefaktor er relevant betyr at det er tillatt å ta den i betraktning ved løsningen av et rettsspørsmål. Se Eckhoff(2000) s. 25. For en oppstilling av de relevante rettskildefaktorene se Eckhoff(2000) s. 23. Å foreta en slutning betyr å finne argumentinnholdet i argumentbæreren. Skillet mellom argumentbæreren(relevansen) og argumentinnholdet(slutningen) har betydning for argumentets vekt. Hvilken vekt vi tillegger argumentet avhenger av hvilken rettskildefaktor som er argumentbæreren. Jf Helgesen(07.02.2011).

¹⁶ Se litteraturlisten for en total oversikt.

¹⁷ Disse rettskildefaktorene er etter rettskildelæren blant de relevante rettskildene i norsk rett. Se Eckhoff(2000) s.23 Juridisk litteratur anses som uttrykk for rettsoppfatninger, og er dermed en relevant rettskildefaktor. Se Eckhoff(2000) s.23.

¹⁸ Strandbakken(2003) s. 340,342-343

2 Utilregnelighet

2.1 Grunnleggende betingelser for straff

Det følger av alminnelig strafferett at det må foreligge fire kumulative vilkår for at en person skal kunne holdes strafferettslig ansvarlig for sine handlinger.¹⁹ Disse omtales gjerne som straffbarhetsbetingelsene. Det første vilkåret er at tiltalte må ha utvist en ”straffbar adferd”. Det betyr at handlingen rammes av gjerningsbeskrivelsen i ett straffebud.²⁰ For det andre må tiltalte ha utvist tilstrekkelig skyld. Hovedreglen i norsk rett er forsett jf strl § 40. Videre må tiltalte vært tilregnelig på gjerningstidspunktet. Det er dette vilkåret som er hovedtema for denne avhandlingen. Den siste og fjerde betingelsen er at det ikke foreligger straffrihetsgrunner som fritar handlingen for straff. De vanligste straffrihetsgrunnene er nødverge eller nødrett jf strl. §§ 47 og 48.

Tilregnelighet er således et absolutt vilkår for å kunne straffes. Det er tilregneligheten på gjerningstidspunktet som avgjør.²¹ Det følger av dette at en forutgående eller etterfølgende utilregnelighet i utgangspunktet er uten betydning i saken. Det følger imidlertid av strprl § 459 at fengselsstraff ikke kan fullbyrdes ovenfor en person som etter domsavsigelsen er blitt psykotisk.²² Dersom det i ettertid melder seg spørsmål om den straffedømte var tilregnelig på gjerningstidspunktet følger det av rettspraksis at dommen må oppheves.²³ Straffeloven inneholder flere ulike reaksjoner, men ikke alle er å anse som en straffereaksjon. Det følger av strl § 15 at de alminnelige straffer er fengsel, forvaring, hefte, samfunnsstraff, og bøter. Dette innebærer at de reaksjoner som

¹⁹ Eskeland, 2006. S 64-66

²⁰ Det følger av Grl§96 som fastlegger at ingen kan dømmes uten etter lov. Det omtales gjerne som ”lovkravet”.

²¹ Dette fremkommer uttrykkelig av strl. § 44 første ledd.

²² Se Eskeland, 2006. S 460-462

²³ Jf Eskeland, 2006. S 460-462. Se blant annet Rt 1967 s. 825, og Rt 1995s. 1163

ikke er å anse som straff etter straffeloven kan anvendes også ovenfor de som er utilregnelige. Den gjeldende lovgivning inneholder ingen samlet oversikt over de strafferettslige reaksjonene som ikke er å anse som straff. Den nye straffeloven av 2005 gir imidlertid en slik oversikt i lovens § 30. De strafferettslige reaksjonene som ikke er straff i straffelovens forstand, vil blant annet være overføring tvungen psykisk helsevern jf. strl § 39, tvungen omsorg jf. strl § 39 a og inndragning jf. strl §§ 34-38²⁴. Personer som ikke er utilregnelige kan bli dømt til forvaring i medhold av strl § 39 c dersom en tidsbegrenset straff ikke er egnet for å verne samfunnet. Etter skl § 1-3 kan også utilregnelige bli holdt erstatningsansvarlig, vilkår for og utmåling av erstatning skal ikke behandles her.

2.2 Nærmere om straff, sammenhengen mellom tilregnelighet og straffens formål

Straff ble opprinnelig definert som et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.²⁵ I dag søker straffen å ha en allmennpreventiv virkning, dette innebærer at straff benyttes som et middel for styre borgernes adferd. Straffetruelsen skal gi borgerne et insitament til å opptre i tråd med lover og regler. Straffen er også ment å ha en individualpreventiv virkning. Her er tanken at lovbrøyteren skal lære hvilke konsekvenser det får dersom denne begår lovbrudd, og skal virke avskrekkende slik at denne personen unngår nye lovbrudd i fremtiden.²⁶ At formålet med straffen i dag er individual-og allmenprevensjon følger av forarbeidene.²⁷ Straffen er dermed et av flere styringsmiddel som myndighetene benytter for å fremme samt motvirke ulike typer adferd. Det spesielle med straff er at dette styringsmidlet bevist påfører et onde.²⁸

²⁴ Matningsdal, 2011. Note 79

²⁵ Andenæs, 1962. S 352. Knops, 2003. S 761.

²⁶ Knops(2003) S 761-762.

²⁷ Ot.prp. nr 90(2003-2004) S77-78.

²⁸ Eskeland(2006) S 40.

Straffen springer opprinnelig ut av privathevnen. Klanderverdige handlinger ble tidligere hevnet av de fornærmede. I dag er det staten som har rett og plikt til å straffe.²⁹ Formålet med straffen er ikke lengre gjengjeldelse, men gjengjeldelse er et hensyn som spiller inn ved fastsettelse av straffereaksjon og strafferammene. Dette følger av forholdsmessighetsprinsippet som fastsetter at straffen skal stå i et rimelig forhold til handlingens straffverdighet.³⁰

Vilkåret om tilregnelighet henger nøye sammen med begrunnelsen og formålet med straffen.³¹ Strafferetten bygger på den forutsetning at mennesker har fri vilje. Å straffe lovbrutere uten fri vilje vil anses som urimelig fordi vedkommende ikke kunne velge å handle annerledes. Den som ikke kan handle annerledes vil heller ikke være å bebreide for sin handling, og bebreidelse er en grunnleggende betingelse for straff jamfør reglene om skyld.³² Det er en antatt mangel på fri vilje og dermed bebreidelse som er begrunnelsen for at de som er å anse som utilregnelig i dag blir fritatt for straffeansvar.³³ Videre at straffen ikke vil virke adferdsstyrende på lovbrutere som ikke kunne velge annerledes. Formålet med utilregnelighetsreglene er således nettopp å skille ut de personene som ikke lar seg påvirke av trusselen om straff.³⁴ Reglenes begrunnelse hviler dermed på både moralske og praktiske betraktninger.³⁵

Utilregnelig i straffelovens forstand er følgelig de som mangler skyldbevne.³⁶ Med skyldbevne menes at vedkommende har intellektuelle evner til å treffe rasjonelle valg. Herunder å kunne velge å handle på ulike måter og forstå at valget vil få ulike konsekvenser.³⁷ Felles for de tilstandene som fører til utilregnelighet er nettopp at

²⁹ Knops(2003) S 762.

³⁰ Eskeland(2006) S 48 og 56.

³¹ Eskeland(2006) S39-40.

³² Eskeland(2006) s39-40.

³³ Syse,TFS(2006) S7.

³⁴ Syse(2006) TFS s. 13.

³⁵ Andenæs(1997)s. 265

³⁶ Eskeland(2006) s. 64. Syse(2006) TFS s4

³⁷ Eskeland(2006) s. 326.

persongruppen på forhånd er vurdert til å mangle slik skylddevne. Formålet med å ha regler om utilregnelighet er å frita for straff alle de som mangler skylddevne.

2.3 Utilregnelighetsbetingelsene og det medisinske prinsipp

Det følger av straffeloven §§ 44 og 46 at en person er utilregnelig når denne er psykotisk, psykisk utviklingshemmet i høy grad, bevisstløs eller er under den kriminelle lavalder (15 år). Temaet for denne avhandlingen er betingelsen i § 44 første ledd ”psykotisk”. Det er som nevnt vedkommendes tilstand på gjerningstidspunktet som er avgjørende jf. § 44 første ledd. Straffeloven § 44 slik den er utformet i dag ble vedtatt ved en lovendring i 1997 og trådte i kraft 1. januar 2002. Ved lovrevisjonen i 1997 ble begrepet ”sinnssyk” erstattet med ”psykotisk” og ”psykisk utviklingshemming i høy grad”.³⁸

I norsk strafferett tillegges det medisinske prinsipp stor betydning, idet diagnosen er det avgjørende kriterium for om tiltalte må anses for utilregnelig i gjerningsøyeblikket.³⁹ Andenæs uttrykker dette slik:

*”Er først den medisinske psykosediagnosen er på det rene, er dermed den strafferettslige utilregnelighet gitt...”*⁴⁰ (Min uth)

Det oppstilles således ingen tilleggskrav om årsakssammenheng mellom tilstanden og lovbruddet.⁴¹

For barn under den kriminelle lavalder antas det at disse mangler skylddevne. Det er likevel slik at barn modnes i ulik tempo derfor vil noen barn under 15 år i realiteten

³⁸ Se NOU 1990:5 kap. VII. Pkt 1.2 s. 38-42. kap. VII pkt 3.1 s. 51-53. Samt Ot.prp. nr 87(1993-1994) kap. 5.3.2.4 s 28-29 og kap 14.2 s 114-115.

³⁹ Bratholm(2003) s363-364 . Rosenqvist(2010) TFS .s 9, Andenæs(1997) s. 278

⁴⁰ Andenæs(1997) s. 278

⁴¹ Bratholm(2003) s363-364 . Rosenqvist(2010) TFS .s 9, Andenæs(1997) s. 278

inneha intellektuelle evner til å treffe rasjonelle valg.⁴² Dette blir imidlertid ikke vektlagt eller vurdert. Jeg antar at dette må være på grunn av de bevismessige problemer en slik vurdering kan medføre, og at lovgiver derfor har funnet det nødvendig å trekke grensen et sted. Det skilles følgelig mellom faktisk og rettslig utilregnelighet.⁴³ Ved bevisstløshet, eller psykose som følge av selvforskyldt rus, anses vedkommende likevel som tilregnelig i strafferettslig forstand selv om personen ikke var det rent faktisk. Dette følger av strl § 45 for bevisstløshet og av Rt 2008 s549 for rusutløst psykose. Det heter da at tilregneligheten fingeres.

2.3.1 Psykotisk i gjerningsøyeblikket

I det følgende skal jeg redegjøre for begrepet psykotisk. Da de øvrige utilregnelighetsbetingelsene ikke er gjenstand for behandling i denne fremstillingen vil jeg ikke behandle innholdet disse her.

Hva som ligger i begrepet kan ikke utledes av en naturlig tolkning av ordlyden. Begrepet gir anvisning på en rettslig standard, slik at en må utenfor jussens verden for å ”finne” innholdet i begrepet.⁴⁴ Det innebærer at innholdet i begrepet vil utvikle seg i takt med hva den medisinske vitenskapen til enhver tid legger i det. Psykose er følgelig de tilstander som psykiatrien til enhver tid regner som psykose. Begrepet har imidlertid også et juridisk innhold. Psykotisk jf. § 44 betyr at personen er uten evne til å realistisk vurdere sitt forhold til omverdenen. Det er det som er det sentrale innholdet i det juridiske kriteriet «psykose».⁴⁵ Dette følger av forarbeidene der psykosebegrepet er forklart slik at

” ...det som først og fremst kjennetegner en psykose, er at forholdet til virkeligheten i vesentlig grad er forstyrret. Evnen til å reagere adekvat på vanlige

⁴² Strandbakken(2003) s. 401

⁴³ Eskeland(2006) s. 326

⁴⁴ Rettslige standarder viser til normer utenfor jussen. Disse normene vil utvikle seg i takt med utviklingen på det aktuelle området. Jf Helgesen(2011)

⁴⁵ Andenæs(1997) s 276

*inntrykk og påvirkninger mangler. De intellektuelle funksjoner kan derimot være i behold.”(min uth).*⁴⁶

Det følger av definisjonen at også lovbrytere som var psykotisk i gjerningstidspunktet kan ha utvist skyld, men ofte vil tilstanden utelukke forsettet. Noe som igjen illustrerer at det er ikke nødvendigvis er sammenfall mellom faktisk og rettslig utilregnelighet. Selvstendig betydning ved siden av skyldkravet har bestemmelsen om tilregnelighet kun der lovbryteren har oppfattet virkeligheten korrekt men er i en av de nevnte tilstandene.⁴⁷

Psykotisk gir anvisning på en vurdering ut fra medisinske kriterier, men det juridiske kriteriet vil her føre til at en klinisk/psykiatrisk psykosed diagnose ikke nødvendigvis vil føre til at den tiltalte er psykotisk i strafferettslig forstand. Det er dermed den juridiske psykosed diagnosen som er straffriende, ikke den kliniske psykosed diagnosen.⁴⁸

Dette betyr at ikke alle psykosed diagnoser etter den offisielle diagnoselisten (ICD 9) vil føre til konklusjonen psykotisk. Personer med slike diagnoser kan i dag takket være medisinen fremgang likevel være velfungerende og dermed være strafferettslig tilregnelige. Avgjørende er om vedkommende hadde evnen til realitetsvurdering i behold på gjerningstidspunktet. Etter gjeldende rett vil straffrihet bare tilstås de ”aktivt psykotiske”. Begås lovbruddet mens psykosen er i en ”inaktiv fase” på grunn av medikamentell behandling, vil § 44 ikke kunne anvendes. Det er dermed ikke nok å ha en psykose man må være psykotisk i gjerningsøyeblikket.⁴⁹

Eksempler på kliniske diagnoser som ofte blir å anse som en psykose jf § 44 og medfører utilregnelighet er schizofreni, paranoia, manisk depressiv psykose, delirium tremens og senil demens. Slike tilstander kan være kroniske men de behøver ikke være

⁴⁶ Ot.prp(1993-1994) nr 87 s. 22. Se og Ot.prp. nr 90(2003-2004) s. 423, NOU 1990:5 s. 51

⁴⁷ Jf Andenæs(1997) s. 265

⁴⁸ Rosenqvist(2010) TFS s. 3-5 og 9. Jf også Syse(2006) s. 10

⁴⁹ NOU 1990:5 s. 51 og Andenæs(1997) s 276-277

det.⁵⁰ Foruten psykose kan også andre kliniske diagnoser gi psykotiske utslag. For eksempel kan malaria føre til delirium.

Vurderingen av tilregnelighet er en del av skyldspørsmålet(jf strpl § 33) og det er derfor lite prejudikater om begrepets avgrensing.⁵¹ I dag er det den rettsmedisinske kommisjon som har i oppgave å fastlegge det nærmere innholdet i psykosebegrepet.⁵²

Det er ofte tvilsomt hvorvidt den antatte gjerningspersonen var tilregnelig på tidspunktet for den straffbare handlingen. I praksis fører dette i saker av mindre alvorlighetsgrad til at saken henlegges under henvisning til § 44. Dette grunnet prosessøkonomiske hensyn, eller hensynet til den siktede.⁵³ Ved de mer alvorlige forbrytelser blir det som regel foretatt en rettspsykiatrisk undersøkelse. I praksis vil det ved tvil ofte bli foretatt en foreløpig psykiatrisk undersøkelse i regi av påtalemyndighetene som gjennomføres ved at en lege eller psykiater undersøker siktedes mentale tilstand. Dette benevnes som den prejudisielle observasjon.⁵⁴ Undersøkelsen er ment å ha en avsilingsfunksjon som gir påtalemyndighetene et bedre grunnlag ved avgjørelsen av påtalespørsmålet. Er konklusjonen fra den foreløpige vurderingen at siktede var utilregnelig og saken er av mindre alvorlig art vil saken normalt henlegges jf. § 44.⁵⁵ I de mer alvorlige sakene vil det av retten oppnevnes en eller flere sakkyndige jf. strprl §§ 138 og 139. De sakkyndiges vurdering benevnes gjerne som ”judisiell observasjon”. Retten er ikke bundet av den rettspsykiatriske konklusjon, men den følges så å si alltid.⁵⁶

Personer med nedsatt tilregnelighet, og som ikke er utilregnelig jf § 44 kan ikke fritas for straff. Det eksisterer imidlertid en lempingsregel i strl § 56 bokstav c. Etter bestemmelsen kan staffen settes ned til under minstestrafen etter straffebudet, eller

⁵⁰ Eskeland(2006) s. 329

⁵¹ Andenæs(1997) s. 266.

⁵² Rosenqvist(2010) TFS s. 7

⁵³ Bratholm(2003)s364-365

⁵⁴ Bratholm(2003)s364-365

⁵⁵ Bratholm(2003)s364-365

⁵⁶ Bratholm(2003) s364-365

tiltalte kan dømmes til en mildere straffart. Dette skal ikke behandles nærmere i denne avhandlingen.⁵⁷

3 Bevisteoretiske begreper

Før jeg går inn på avhandlingens kjerne er det nødvendig å redegjøre for de bevisteoretiske begreper som er egnet til å belyse beviskravet. Jeg vil derfor nå redegjøre for de sentrale bevisteoretiske begreper som jeg anser for å fremme dette formål. En fullstendig redegjørelse for bevislæren faller utenfor denne avhandlingens rammer.⁵⁸

Bevis og bevismidler

Med bevis forstår jeg de midler som anvendes i en rettssak av partene for å sannsynliggjøre at faktum er på den anførte måte slik at retten kan legge faktumet til grunn for avgjørelsen. Et synonym som ofte benyttes er begrepet bevismiddel. Et ”bevismiddel” er det medium som bærer informasjonen og begrepet ”bevisdata” referer seg til innholdet i informasjonen.⁵⁹ Et illustrerende eksempel på dette kan være et fotografi. Bildet er bevismidlet og innholdet i bildet som viser gjerningsmannen med mordvåpenet vil være bevisdata.

Det er vanlig å skille mellom tre typer bevismidler, henholdsvis realbevis, dokumentbevis og forklaringer.⁶⁰ Realbevis er jf. tvl § 26-1

”personer og gjenstander (fast eiendom, løsøre, dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) hvor personen eller gjenstanden, eller dens egenskaper, tilstand

⁵⁷ behandles nærmere av Andenæs(2004) s. 440 flg

⁵⁸ For litteratur om bevis se blant annet Strandbakken(2003), Eckhoff(1943), Strandberg(2010), Andenæs(2010), og Bjerke (2011) s 421 flg.

⁵⁹ Strandberg(2010) s. 25

⁶⁰ Andenæs(2000) s 180-181

eller innhold, inneholder informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken”.(min uth)

Typiske realbevis i straffesaker kan være våpen, kjøretøy, narkotika, biologisk materiale(DNA), bilder, videoklipp mv. Med forklaringer mener man både parts- og vitneforklaringer, samt sakkyndiges uttalelser. Videre går det et grunnleggende skille mellom direkte bevis og indisiebevis. Førstnevnte kaster umiddelbart lys over handlingsforløpet, imens indisier bidrar til å underbygge slutninger om det.⁶¹

Noen forfattere mener dokumentbeviset ikke er en egen kategori, Andenæs fremholder imidlertid at det er hensiktsmessig å skille på grunn av at dokumentet som bevis står i en særstilling.⁶² Eksempler på dokumentbevis er dagbøker, avtaledokumenter, avisartikler osv. her er det meningsinnholdet som er det sentrale.⁶³

Bevistema

Det forholdet som parten gjennom bevisføringen søker å godtgjøre kalles for bevistema. Bevistemaet er knyttet til et faktum som har rettslig betydning i saken(rettsfakta). Bevis knyttet til fakta uten rettslige tilknytningspunkter omtales som bevisfakta. Å fastlegge bevistemaet er dermed et juridisk spørsmål.⁶⁴ I en straffesak vil bevistemaet utgjøre alle subjektive og objektive straffbarhetsvilkår.⁶⁵

Bevisbyrden

Bevisbyrden har den som har ansvaret for å bevise en påstand. Eventuell tvil i forhold til faktum skal ramme den som har bevisbyrden.⁶⁶ Den som har bevisbyrden har ifølge Eckhoff den såkalte ”tvilsrisikoen”.⁶⁷ Begrepet bevisbyrde blir noe ulikt benyttet. Noen ganger benyttes det for å angi beviskravet, andre ganger for hvem som har

⁶¹ Jusleksikon v. Gisle mfl.(2005) s. 38. Samt Strandbakken(2003) s. 45-46

⁶² Andenæs(2000) s 181

⁶³ Andenæs(2000) s 181

⁶⁴ Strandbakken(2003) s. 47

⁶⁵ Strandbakken(2003) s. 48

⁶⁶ Jusleksikon v. Gisle mfl.(2005) s. 38

⁶⁷ Eckhoff(1943)

bevisføringsplikten. Som regel siktes det til beviskravet der begrepet benyttes.⁶⁸ I denne fremstillingen benyttes ”bevisbyrde” i betydningen hvem som har bevisføringsplikt. I sivile saker er utgangspunktet at den enkelte part har ansvaret for å føre bevis for sin påstand. Hvem som har bevisbyrden i sivile saker skal ikke behandles her.⁶⁹ I straffesaker er det klart at det er staten ved påtalemyndighetene som har bevisbyrden og dermed tvilsrisikoen, og at bevisbyrden er streng.⁷⁰ Det følger av uskyldspresumsjonen, formålet bak prinsippet om ”in dubio pro reo” og av rettspraksis.⁷¹ Det betyr at dersom påtalemyndighetene ikke klarer å bevise ut over rimelig tvil at tiltalte har opptrådt i samsvar med tiltalen må denne frifinnes.⁷²

Bevisbedømmelse og bevisverdi

Bevisbedømmelsen er den bedømmelsen dommeren eller jury foretar av bevismidlene i saken når de skal fastlegge hva som er faktum i saken.⁷³ Bevisbedømmeren kan ikke gå tilbake i tid og observere hva som rent faktisk hendte, men må ”bestemme” hva virkeligheten er på bakgrunn av de bevis som foreligger i saken. Det er altså ikke slik at det faktum som legges til grunn for avgjørelsen nødvendigvis er i tråd med sannheten.⁷⁴ Det er den samlede bevisverdien (altså bevissituasjonen som helhet) og ikke det enkelte bevismiddel som er avgjørende for spørsmålet om det foreliggende faktum skal anses for tilstrekkelig sannsynliggjort.⁷⁵ Begrepet ”Bevisverdi” tolker jeg slik at det menes kvaliteten eller troverdigheten av et enkelt bevismiddel. Det er bevisbedømmeren som må vurdere hvilken bevisverdi de enkelte bevismidlene har samt den samlede bevisverdien.⁷⁶ Formålet med bevisføringen er således å finne ut om det er grunnlag for legge en påstand til grunn.⁷⁷

⁶⁸ Strandbakken(2003) s. 49

⁶⁹ Se nærmere i Strandberg(2010) s. 216 flg om subjektiv og objektiv bevisbyrde i sivile saker.

⁷⁰ Mæland(1999) s. 143.

⁷¹ Jf eks Rt 1978 s 882 s. 883. Se Strandbakken(2003) s. 381

⁷² Strandbakken(2003) s. 356. Dette er beviskravets negative formulering.

⁷³ Strandbakken(2003) s. 58-59

⁷⁴ Strandbakken(2003) s. 59. De sakene vi har om justismord er bevis på dette.

⁷⁵ Kolflaath(2011) s. 3

⁷⁶ Kolflaath(2011) s. 3

⁷⁷ Jf. implisitt uttalesene til Kolflaath(2011) s. 3

Det er bare de bevis som fremføres under rettssaken som er tillatt å ta i betraktning jamfør prinsippet om bevisumiddelbarhet. I norsk rett er prinsippet om fri bevisbedømmelse, og fri bevisføring utgangspunktet.⁷⁸ Det følger av strprl § 294 at retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Formålet med bestemmelsen antar jeg er å søke å finne frem til sannheten slik at man materielt sett får en så riktig dom som mulig. I sivile saker følger det en proporsjonalitetsbegrensning av saken etter tvl § 21-8. Slik utkasting av bevis ved saksforberedelsen på grunn av proporsjonalitet er ikke lovfestet i straffeprosessloven. Det finnes imidlertid regler om bevisavskjæring på lovfestet og ulovfestet grunnlag under hovedforhandlingen. For eksempel kan forklaringer fra vitner avskjæres dersom det vil være i strid med lovbestemt taushetsplikt å avgi forklaringen jf. strprl § 118 flg. Videre er det på ulovfestet grunnlag i utgangspunktet forbudt å føre bevis som er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte jf. blant annet Rt 1991 s 616.⁷⁹ Bevisavskjæring faller utenfor denne oppgavens rammer og skal ikke behandles nærmere her.

Når en har foretatt en bevisbedømmelse i saken må en foreta en bevisprøving.⁸⁰ Det betyr at en må sammenholde resultatet etter bevisvurderingen med det beviskravet som gjelder for å se om forholdet er tilstrekkelig bevist.

Beviskrav

Beviskravet gir en anvisning på hva som kreves av bevisene for at et faktum skal kunne legges til grunn for avgjørelsen. Det gir med andre ord en anvisning på hvor høy grad av sannsynlighet man må godtgjøre ett faktum.⁸¹ Beviskravet formuleres semantisk, men en numerisk angivelse kan være til hjelp for tanken.⁸² Kravet referer seg normalt til en samlet bevisverdi altså til bevissituasjonen som helhet og ikke det enkelte

⁷⁸ Strandbakken(2003) s. 61-62

⁷⁹ For en grundig fremstilling se Runar Torgersen. ”ulovlige beviserverv og bevisforbud i straffesaker” 2009.

⁸⁰ Strandbakken(2003) s. 59

⁸¹ Kolflaath(2011) s. 3

⁸² Se Andenæs(2000) s 178 som kritiserer en numerisk angivelse.

bevismiddel.⁸³ Prinsippet om fri bevisbedømmelse medfører at det er bevisbedømmeren i den enkelte sak som skal vurdere bevisverdien. Det er denne samlede bevisverdien som ofte angis ved en sannsynlighetsgrad. Det er imidlertid ikke alltid det er en samlet bevisverdi som er best egnet til å bevise et faktum. Noen ganger kan det være påkrevet med en konkret bevistype eller beviskonstellasjon.⁸⁴ Som eksempler på saker der det er påkrevet med en bestemt bevistype kan trekkes frem saker om promillekjøring, der vil retten regelmessig etterspørre resultatet på en blodprøve, eller utåndingsprøve som bevismiddel i saken. I saker om overtredelse av fartsgrensen vil lasermålingen være det sentrale bevismiddelet. Ytterligere aktuelt vil det i saker om en person er utilregnelig på grunn av psykisk utviklingshemming være nødvendig med en IQ-test. Om beviskravet er oppfylt blir avgjort gjennom bevisbedømmelsen.

Bevisbedømmeren må først klargjøre hvilket faktum denne mener er det mest sannsynlige. Han eller hun må så avgjøre ved hvilken grad av sannsynlighet bevisene godtgjør dette faktum. Bevisbedømmeren må med andre ord fastlegge bevisenes samlede bevisverdi.⁸⁵ Denne må deretter sammenholdes med det beviskrav som gjelder på området. Dersom sannsynlighetsgraden er så høy som det aktuelle beviskravet krever vil faktum være tilstrekkelig godtgjort.⁸⁶ Det betyr at faktumet legges til grunn for avgjørelsen, slik at man anvender rettsregelen på faktum(subsumsjonen).⁸⁷ Det er følgelig en tretrinnsprosess, som involverer flere øvelser fra bevisbedømmerens side. Dette er ifølge Andenæs en skjønnsmessig helhetsvurdering der de ulike vurderingene i noen grad vil flyte over i hverandre.⁸⁸

Som et eksempel kan vi tenke oss at det mest sannsynlige faktum er bevist ved ca 60 % sannsynlighet(samlet bevisverdi). Denne sannsynlighetsgraden må så sammenholdes med det beviskravet som gjelder. Er beviskravet formulert slik at overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig vil 60% være i samsvar med beviskravet, og faktumet kan

⁸³ Kolflaath(2011) s. 3

⁸⁴ Kolflaath(2011) s. 3

⁸⁵ Andenæs(2000) s 179. Og Kolflaath(2011) s. 3

⁸⁶ Andenæs(2000) s 179. Og Kolflaath(2011) s. 3

⁸⁷ Kolflaath(2011) s. 3

⁸⁸ Andenæs(2000) s 179

legges til grunn for avgjørelsen. Er beviskravet strengere enn dette (eksempel i straffesaker) vil ikke 60% sannsynlighet være tilstrekkelig.

I sivile saker er det i utgangspunktet tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt, men beviskravet skjerpes normalt der domstolen skal legge et belastende faktum til grunn. Herunder at det er begått et lovbrudd eller en sterk infamerende handling. Eksempler kan være voldtektssaker, incest- eller drapssaker. Beviskravet blir her klar eller sterk sannsynlighetsovervekt.⁸⁹ Resultatet av at beviskravet er mildere i de sivile saker er at tiltalte risikerer å frifinnes for straff men idømmes erstatning for en og samme handling.⁹⁰

Begrunnelsen for alminnelig sannsynlighetsovervekt som det ordinære beviskrav i sivile saker er at partene ofte har like mye på spill noe som tilsier at den som mest sannsynlig har rett skal få rett. Regelen antas dermed å gi materielt sett flest riktige avgjørelser.⁹¹ I straffesaker gjelder et betydelig strengere beviskrav. Her står menneskers ære, frihet og fremtid på spill noe som må tilsi et langt strengere beviskrav.⁹² Et skjerpet beviskrav skal forhindre at uskyldige mennesker blir straffet (såkalt justismord). Den grunnleggende oppfatningen er at det er bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig blir dømt (formulert av den engelske juristen Blackstone 1723-1780).⁹³ Denne rettsoppfatning har følgelig sitt opphav i spørsmål om tiltalte har begått de ugjerninger han er tiltalt for. Man kan spørre om begrunnelsen for det strenge beviskravet i straffesaker gjør seg gjeldende med samme tyngde i forhold til spørsmål om tiltaltes tilregnelighet. Etter mitt skjønn er det ikke nødvendigvis bedre at 10 tilregnelige mennesker ilegges dom på utilregnelighet (eventuelt også særreaksjon) enn at en utilregnelig feilaktig straffes for sin forbrytelse. Dette er et relevant hensyn som etter mitt skjønn må tale for at beviskravet ved spørsmål om tilregnelighet er mildere enn ved de øvrige straffbarhetsbetingelsene.

⁸⁹ Mæland(1999) s 143

⁹⁰ Andorsen(1999)

⁹¹ Mæland(1999) s 143

⁹² Nord(2012)

⁹³ Mæland(1999) s 143.

I straffesaker følger det av en lang rekke Høyesterettsdommer og forarbeider at det alminnelige beviskravet er at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.⁹⁴ Positivt angitt at skyld må være bevist ut over rimelig tvil.⁹⁵ Dette tilsvarer den angloamerikanske angivelsen av beviskravet ”*Proof beyond reasonable doubt*”.⁹⁶ På latin heter det ”*In dubio pro reo*” som betyr i tvil for tiltalte.⁹⁷ Retten må bare idømme straff dersom de føler seg sikker på at tiltalte har begått de straffbare handlingene, og at alle de subjektive og objektive betingelser for straff er tilstede.⁹⁸

4 Det alminnelige beviskravet i straffesaker

4.1 Innledning

Problemstillingen i dette avsnitt er i hvilken grad av sannsynlighet tiltaltes skyld må bevises for å kunne idømmes straff. Mer konkret i hvor høy grad må man sannsynliggjøre at faktum er på den måte som nevnt i tiltalebeslutningen for at dette skal kunne legge til grunn for dommen. Beviskravet er noe vagt formulert og det er ikke umiddelbart lett å se hva det i realiteten gir anvisning på. Årsaken til at det er viktig å fastlegge det nærmere innholdet er at det vil få direkte betydning for sakens utfall.⁹⁹ Jo strengere innholdet defineres desto mer krevende vil det være for påtalemyndighetene å føre tilstrekkelig bevis for en domfellelse. Dermed vil effekten av straffebudet reduseres. Beviskravet har således direkte betydning for strafferettens effektivitet.¹⁰⁰ Ifølge Eckhoff er nettopp dette formålet bak beviskravsreglene.¹⁰¹ Reglene om

⁹⁴Se bl. annet Rt 2001 s 1521(s 1541), Rt 1998 s 11 (s19), Rt 1996 s 572, Rt 1999 s 14. Se bl. annet NOU 1990:5 s. 47 første spalte jf s. 53.

⁹⁵ Strandbakken(2003) s. 355

⁹⁶ Strandbakken(2003) s. 356

⁹⁷ Bratholm(1980) s. 95

⁹⁸ Mæland(1999) s 143. Se kapittel 4.3 i denne avhandlingen for en nærmere redegjørelse av beviskravet i straffesaker. Grundig redegjørelse av beviskravet i sivile saker er gitt av Strandberg(2010).

⁹⁹ Strandbakken(2003) s. 56

¹⁰⁰ Strandbakken(2003) s. 56

¹⁰¹ Eckhoff(1943) s. 110

beviskravet er et utsalg av en moralsk avveining mellom hensynet til samfunnsvern og til rettsikkerhet for den enkelte. Før jeg går nærmere inn på det generelle beviskravet i norsk strafferett skal jeg gjøre rede for det rettskildemessige grunnlaget for dette.

4.2 Uskyldspresumsjonen

Det følger av EMK art 6 nr 2 at

” Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law”(min uth). ¹⁰²

Bestemmelsen omtales som ”uskyldspresumsjonen”. EMK art 6 nr 2 er et av de rettslige grunnlagene for beviskravet som også er å anse for sedvanerett. ¹⁰³

Det følger av en naturlig tolkning av art 6 nr 2 at det er ikke den tiltalte som må bevise at denne er uskyldig, men at det er staten ved påtalemyndighetene som har bevisføringsplikten jf ordlyden ”proved guilty”. Med hvilken styrke skylden må bevises gir ordlyden ingen anvisning på. Hensynet til ”equality of arms” tilsier at et beviskrav under 50 % ikke vil være tilstrekkelig. Etter en gjennomgang av praksis fra EMD vedrørende art 6 kan det utledes at en i straffesaker må operere med et strengt beviskrav. ¹⁰⁴ Utover dette må innholdet i kravet baseres på en undersøkelse av den interne retten. Statene har følgelig en viss skjønnsmargin i forhold til beviskravets nærmere formulering. ¹⁰⁵

¹⁰² Den europeiske menneskerettskonvensjonen(EMK) ble ratifisert av Norge i 1952 i kraft 1953. EMK er inntatt som vedlegg til mrl. av 1999 nr 30. Jf. § 3 går konvensjonens bestemmelser ved konflikt foran norske lovbestemmelser.

¹⁰³ Bratholm(1980) s. 95

¹⁰⁴ Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain, Austria v. Italy, og Telfner v. Austria.

¹⁰⁵ Strandbakken(2003) s. 340,342,343.

4.3 Beviskravets nærmere innhold

Rimelig tvil skal komme tiltalte til gode

I norsk rett er ikke beviskravet i straffesaker lovregulert. Innholdet i beviskravet må dermed søkes klarlagt i de øvrige rettskildefaktorene, herunder gjennom en analyse av sammenhengen mellom dem.¹⁰⁶

Det følger av engelsk rettspraksis ved ”Bracewell-saken” at beviskravet ikke gir anvisning på en vitenskapelig sikkerhet da det ville være tilnærmet umulig å oppnå. I dommen er beviskravet formulert slik at

”There is no such thing as certainty in this life, absolute certainty. You ask yourselves the simple question upon the whole of the evidence do I feel sure?...”.(min uth)¹⁰⁷

Norske forfattere formulerer kravet litt forskjellig, men de fleste benytter seg av begrepet ”rimelig tvil”. Andenæs mener at hva som er rimelig tvil vil bero på sakens art.¹⁰⁸ Han beskriver beviskravet slik at

”En visshet som utelukker enhver tenkelig tvil forekommer sjelden eller aldri i virkeligheten. En slik absolutt visshet kan derfor ikke kreves til fellelse. Man bruker å si at hvis det finnes rimelig tvil skal den komme tiltalte til gode”.(min uth)¹⁰⁹

Filosofisk sett kan det meste trekkes i tvil. Slik teoretisk tvil skal i følge Bratholm ikke komme tiltalte til gode.¹¹⁰

Mæland formulerer beviskravet på følgende måte:

¹⁰⁶ Strandbakken(2003) s. 345.

¹⁰⁷ Bracewell(1979) 68 Cr App R 44 s. 49

¹⁰⁸ Mer om at beviskravet beror på sakens art se All(1995) s. 283

¹⁰⁹ Andenæs(2000) I s. 178

¹¹⁰ Bratholm(1980) s. 95

”Enhver rimelig eller fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode...bevisene må være så sterke at man skal kunne kjenne seg sikker på at siktede er skyldig”.(min uth)¹¹¹

At tvilen må være fornuftig for å komme tiltalte til gode følger og av rettspraksis.¹¹²

At en skal kunne kjenne seg sikker på tiltaltes skyld er som nevnt en side av beviskrave, men noe krav til bevisbedømmeren om at denne må kunne peke på årsaken til tvilen kan ikke stilles.¹¹³ Også i engelsk rettspraksis fokuseres det på rettens subjektive overbevisning. Det er antatt at en slik formulering vil være lettere for bevisbedømmeren å forstå en uttrykket at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.¹¹⁴

Det følger av redegjørelsen at beviskravet innebærer at retten må frifinne den tiltalte dersom de ikke føler seg overbevist. En domfellelse krever på den annen side ikke absolutt visshet og den teoretiske tvil skal retten heller ikke ta hensyn til. Bare den rimelige og fornuftige tvil skal tas i betraktning og komme den tiltalte til gode.¹¹⁵

¹¹¹ Mæland(1999) s. 143

¹¹² Se eksempelvis Rt 1999 s 14(s24)

¹¹³ Strandbakken(2003) s. 366

¹¹⁴ Strandbakken(2003) s. 366

¹¹⁵ Strandbakken(2003) s. 366

5 Hva er beviskravet for (u)tilregnelighet?

5.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg svare på problemstillingen om hvilket beviskrav som gjelder i forhold til (u)tilregnelighet. Det er beviskravet ved de psykotiske tilstander som er mitt sentrale tema.

Før jeg går inn i redegjørelsen må det klargjøres hva som er gjenstand for bevisføringen (bevistema). Spørsmålet er om det er tilregnelighet eller utilregnelighet som skal godtgjøres.¹¹⁶ Det følger av Rt 1979 s 143 at

”Dersom de sakkyndige anser spørsmålet som tvilsomt, blir konklusjonen at observanden ikke anses sinnssyk. Det er den sykelige tilstand som skal bevises.”(min uth)¹¹⁷

Bevistemaet ved de sakkyndiges bevisføring er således utilregnelighet. I en straffesak er det påtalemyndighetene som skal føre bevis for at alle de subjektive og objektive vilkår for straffekravet er tilstede. Da tilregnelighet er en av straffbarhetsbetingelsene er det tilregnelighet som er bevistemaet ved påtalemyndighetenes bevisføring. Dette antas å følge av uskyldspresumpsjonen i EMK art 6 nr 2.¹¹⁸ Hva som er bevistema vil derfor avhenge av hvem som skal foreta bevisføringen. Videre vil bevistema kunne avhenge av hvilket prosesspor saken skal følge, herunder om det er tatt ut tiltale etter strprl §§ 1 eller 2 nr 1. Samt hva som blir aktorats påstand ved hovedforhandlingens slutt.¹¹⁹

¹¹⁶ Strandbakken(2003) s. 399

¹¹⁷ Rt 1979 s143 s. 147

¹¹⁸ Strandbakken(2003) s. 403

¹¹⁹ Se nærmere om dette i drøftelsen på s 38 flg

5.2 Beviskravet ved tilregnelighet

Det alminnelige beviskravet i straffesaker er at rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode.¹²⁰ Det gjelder i utgangspunktet for alle aktuelle bevistemaer i en straffesak. I rettspraksis er det imidlertid kommet med uttalelser som må tolkes slik at det gjelder et mildere beviskrav ved spørsmålet om tiltalte er tilregnelig.¹²¹ At beviskravet er mildere ved tilregnelighetsspørsmålet er også lagt til grunn i forarbeidene, og juridisk teori.¹²²

Mæland uttaler således at:

”Den strenge bevisbyrden referer seg først og fremst til visse sentrale sider av skyldspørsmålet. Dette gjelder spørsmålet om tiltalte har begått handlingen, om det foreligger en straffrihetsgrunn og om tiltalte har utvist den nødvendige skyld(forsett/uaktsomhet). Når det gjelder tvil med hensyn til om tiltalte er tilregnelig eller ikke, antas det at bevisbyrdeprinsippet kan lempes noe.”(min uth)¹²³

At beviskravet er mildere innebærer at påtalemyndighetene ikke behøver å føre like sterke bevis for dette straffbarhetsvilkåret som ved de øvrige vilkår for straff.

5.2.1 Reelle hensyn, og formålsbetraktninger

Begrunnelsen er av moralfilosofisk karakter, det fremstår som mindre urettferdig å straffe en person som er utilregnelig enn å straffe en uskyldig person. Den utilregnelige har i det minste begått en forbrytelse.¹²⁴ Det er derfor akseptabelt med en noe høyere grad av tvil ved spørsmålet om tiltales tilregnelighet. De reelle hensyn kan således anføres for at beviskravet ved tilregnelighet er mildere enn ved spørsmålet om den tiltalte har begått den straffbare handling.¹²⁵

¹²⁰ Jf ovenfor i kapittel 4. s. 17

¹²¹ Den sentrale dom er Rt 1979 s 143

¹²² NOU 1974:17 s. 47, 69, og 166, samt i NOU 1990:5 s. 53. Strandbakken(2003) s. 405-408, Mæland(1999) s. 144 og Andenæs(1997) s. 282

¹²³ Mæland(1999) s. 144

¹²⁴ Nord(2012)

¹²⁵ Reelle hensyn er en relevant rettskildefaktor jf Eckhoff(2000) s 23.

Et svakere beviskrav vil imidlertid kunne stride mot formålet bak straffeloven.¹²⁶ Det følger av formålet bak straffelovens regler om tilregnelighet at bare de som er å bebreide for sine handlingsvalg skal straffes for disse. Den utilregnelige antas å mangle skylddevne, og dermed bebreidelse. Det er begrunnelsen for at tilregnelighet et vilkår for straff.¹²⁷ Dette taler for at beviskravet ved tilregnelighet er strengt. Slik at de uten skylddevne ikke blir straffet i strid med lovens formål.

Mot et strengt beviskrav ved spørsmål om tilregnelighet kan innvendes at det vil føre til at flere anses for utilregnelige noe som i seg selv kan være negativt blant annet på grunn av de meget inngripende særreaksjonene disse menneskene risikerer ved en slik erklæring. Som nevnt er det et relevant hensyn å unngå at tilregnelige personer blir erklært utilregnelig og det er nettopp av denne grunn. Videre er det en del andre forhold som ofte vil føre til at det er negativt å anses for utilregnelig.¹²⁸ Dette taler for at beviskravet må lempes ved spørsmål om tilregnelighet.

5.2.2 Forarbeidene

Forarbeidene uttaler følgende om beviskravet:

”Foreligger det rimelig tvil om lovovertrederens tilregnelighet, vil han bli frifunnet av retten etter strafferettens alminnelige bevisbyrderegel, dog med den modifikasjon at det i praksis nok stilles lavere krav til bevisets styrke når det gjelder tiltaltes tilregnelighet enn ved de øvrige straffbarhetsvilkår, jfr. Andenæs, s. 274 og NOU 1974:17 s. 47 med videre henvisninger”.(min uth)¹²⁹

Ut i fra en naturlig forståelse av det siterte utsagnet er beviskravets formulering den samme som ved de øvrige vilkår for straff. Avgjørende er om det foreligger rimelig tvil.

¹²⁶ Lovers formål er ikke nevnt i Eckhoff sin liste over de relevante rettskildefaktorer. Formålet med loven anses som et produkt av rettskildefaktoren lovtekst og reelle hensyn. Se Eckhoff(2000) s24- 25.

¹²⁷ Se redegjørelsen om dette på s 7

¹²⁸ Se mer nedenfor i egen drøftelse

¹²⁹ NOU 1990:5 s. 53

Det er således det alminnelige beviskravet som anvendes på spørsmål om utilregnelighet.¹³⁰ Det vil som ellers i straffesaker foreligge en streng bevisbyrde. Det som fastlegges her er at beviskravet ikke er like strengt som ved de øvrige straffbarhetsbetingelsene.

5.2.3 Rettspraksis

Høyesteretts dom inntatt i Rt 1979 s 143

Den sentrale dom om problemstillingen er Rt 1979 s 143. Saken ble avgjort i avdeling. I saken ble en tidligere ustraffet 20 år gammel mann dømt til fengsel i seks år for drap jf strl §233. Det saksforhold som av Høyesterett ble lagt til grunn er følgende:

Tiltalte(A) som på gjerningstidspunktet var 19 år, var lørdag 11.juni 1977 på besøk hos sin beste venn(B) der det ble nytt alkohol. Etter at to piker på mellom 13 og 14 år var blitt hentet av sine foreldre gav tiltalte uttrykk for at denne ønsket å ta sitt eget liv. Deretter gikk tiltalte ned i kjelleren fordi han var klar over at B sin far hadde skytevåpen der. I kjelleren fant han frem våpenet(et AG3 gevær) og ladet det. I mellomtiden kom fornærmede ned i kjelleren der det ble vekslet noen ord. Plutselig avfyrte tiltalte to skudd mot B i det han var på vei opp fra kjelleren der det ene skuddet traff B i skulderen bakfra. Dette medførte at B døde etter noe tid på grunn av blødningen. Tiltalte rettet umiddelbart våpenet mot sitt eget hode og skjøt seg selv. Tiltalte ble den påfølgende dag operert og har pådratt seg varig svekkede sjelsevner på grunn av hodeskaden som han ble påført i og med skuddet. På bakgrunn av den judisielle observasjon konkluderte de psykiatriske sakkyndige med at tiltalte ikke var sinnsyk på tidspunktet for de påklagede handlingene.¹³¹

Anken til Høyesterett gjaldt lovanvendelsen og saksbehandlingen. I forhold til anken over lovanvendelsen var spørsmålet om lagmannen i sin rettsbelæring hadde gitt en feilaktig redegjørelse for beviskravet ved å uttrykke at det ikke stilles samme krav til

¹³⁰ Jf. og Strandbakken(2003) s. 407

¹³¹ Som nevnt er ”sinnsyk” den tidligere betegnelsen for psykotisk og psykisk utviklingshemmet i høy grad. Se ovenfor på s 9.

bevis for at tiltalte var tilregnelig som når det gjaldt bevis for at tiltalte hadde utført handlingen. Begge ankene ble forkastet.¹³² Avgjørelsen var enstemmig, og er senere blitt stadfestet i flere avgjørelser fra Høyesterett.¹³³ Dommen har derfor betydelig prejudikatverdi.¹³⁴

I forhold til beviskravet ved tilregnelighet fastslår førstvoterende(dommer Løchen) at det ikke foreligger presise formuleringer av dette verken i lov eller rettspraksis. Det uttales således:

*”Det er ikke gitt og kan vanskelig gis lovregler om hvilke krav til bevis som må stilles når det i en straffesak blir reist spørsmål om tiltaltes tilregnelighet på gjerningstiden. En presis formulering av beviskravet kan heller ikke utledes av rettspraksis”(min uth).*¹³⁵

Løchen går etter dette inn på innholdet i beviskravet på sakens område:

*”Jeg er enig med lagmannen i at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke som når det gjelder spørsmålet om bevis for at tiltalte har begått den handling som er angitt i tiltalebeslutningen. Men jeg er ikke uten videre enig med lagmannen i at en overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig.”(min uth)*¹³⁶

¹³² Jeg skal ikke se på anken i forhold til saksbehandlingen

¹³³ Se blant annet Rt 2003 s 23, og Rt 1998 s 1945. Mer om disse kommer nedenfor.

¹³⁴ Prejudikat betyr at avgjørelsen er et mønster som kan følges i senere avgjørelser. En dom har mest innflytelse ”når den anses for et prejudikat for et spørsmål som senere er oppe til avgjørelse”. Se Eckhoff(2000) s. 159. I følge Helgesen er en dom bare et prejudikat dersom man i ettertid føler seg forpliktet til å følge den. Dommens egenvekt(vekten uavhengig av de øvrige rettskildefaktorer) bestemmes først og fremst av hvor i hierarkiet den er avsagt, samt dommens alder. Begrepet egenvekt kritiseres av Helgesen som mener at en rettskildefaktor alltid har relativ vekt ut i fra hvilke andre rettskildefaktorer som foreligger. Når en dom er enstemmig, vil dommens ”egenvekt” øke. Det samme gjelder der dommen er stadfestet i senere avgjørelser. Jf Helgesen(07.02.2011).

¹³⁵ Se Rt 1979 s 143 (s 147).

¹³⁶ Se Rt 1979 s 143 (s 147).

Med dette stadfester førstvoterende at beviskravet er mildere ved spørsmål om tilregnelighet, sammenlignet ved spørsmålet om tiltalte har begått de straffbare handlingene.

Løchen går så over til å redegjøre for betydningen av tvil ved spørsmålet om tilregnelighet:

”Skulle de rettspsykiatrisk sakkyndige komme til forskjellig konklusjon, må tiltalte etter min mening frifinnes for straff med mindre retten - det vil si lagretten i saker som behandles ved lagmannsrett - skulle finne at det ikke kan være noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig på gjerningstiden. Men den omstendighet at muligheten av sinnssykdom på gjerningstiden er nevnt i den rettspsykiatriske erklæring, er ikke tilstrekkelig til at tiltalte må anses utilregnelig og derfor frifinnes for straff.”(min uth)¹³⁷

Dette tolker jeg dit hen at den semantiske angivelsen av beviskravet er det samme som ellers i straffesaker. Jamfør uttalelsen om at tiltalte må frifinnes for straff med mindre lagretten finner at

”... det ikke kan være noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig på gjerningstiden.”(min uth)¹³⁸

Imidlertid lempes det noe på beviskravet her da det i følge Løchens angivelse av beviskravet er tilstrekkelig med fravær av *noen* rimelig tvil. Ut i fra det alminnelige beviskravet må skyld bevises *utover* rimelig tvil.¹³⁹ Sammenholdes dette med hverandre kan det konstateres at beviskravet her er mildere.¹⁴⁰ Strandbakken legger dermed til

¹³⁷ Se Rt 1979 s 143 (s 147).

¹³⁸ ”Rimelig tvil” tilsvarer det alminnelige beviskravet i strafferetten se kapittel 4.

¹³⁹ Se kapittel 4

¹⁴⁰ Jf Strandbakken(2003) s 406.

grunn at det er tale om et beviskrav med samme angivelse, men som angir ulike bevisnivå.¹⁴¹

Det blir etter mitt skjønn et spørsmål om i hvor høy grad av sannsynlighet tilregneligheten må påvises. Eller fra motsatt synsvinkel, hvor mye tvil kan aksepteres før tiltalte må frifinnes. Løchen understreker at sannsynlighetsovervekt *ikke uten videre* er tilstrekkelig. Måten dette formuleres på antyder etter min mening at dette ikke er sikkert, at han ikke utelukker at det kan være tilstrekkelig. Uttalelsen kan tolkes slik at dette vil kunne bero på sakens art, men om det er dette som menes med uttalelsen kommer ikke klart nok frem. Imidlertid anvender Løchen ”rimelig tvil” som angivelse av beviskravet, noe som er et strengere beviskrav en sannsynlighetsovervekt. Da det er denne angivelsen han legger til grunn for avgjørelsen er det denne som får prejudikatverdi.¹⁴² Det følger av uttalelsene at det ikke er tale om betydelige forskjeller i kravet til bevisenes styrke. I tråd med dette legges det til grunn i Rt 1998 s 1945 at

*”Hva som er rimelig tvil, må i noen grad også bero på sakens art...Etter min oppfatning er det imidlertid viktig å understreke at det her tales om nyanser”.(min uth)*¹⁴³

Også i denne avgjørelsen stadfestes 1979 dommens angivelse av beviskravet jamfør følgende uttalelse:

*”Prinsippet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, skal sikre at ingen blir uskyldig dømt. Det er enighet i strafferettsteorien om at det ikke kan stilles de samme beviskrav med hensyn til alle straffbarhetsbetingelser. Det kan f.eks ikke stilles like strenge beviskrav til tilregnelighet og subjektiv skyld som når det er spørsmål om tiltalte har begått den handling det er tale om.”(min uth)*¹⁴⁴

¹⁴¹ Strandbakken(2003) s. 407

¹⁴² Den anførte ratio decidendi.

¹⁴³ Rt 1998 s 1945(s1947).

¹⁴⁴ Rt 1998 s 1945(s1947).

Hva som er rimelig tvil vil således variere fra sak til sak. Årsaken til at beviskravet er mildere ved spørsmål om tilregnelighet er fordi det naturlig vil være mer rom for tvil.¹⁴⁵ Dette tolker jeg å være på grunn av at rettspsykiatrien ikke er en eksakt vitenskap slik som naturvitenskapen, men har et stort innslag av skjønn.¹⁴⁶ Det samme kan sies om rettsanvendelse generelt, men fordi beviskravet er en rettslig standard som henviser til en virkelighet utenfor jussens grenser(en virkelighet som ikke er målbar slik som ved naturvitenskap) vil vurderingen føre med seg mer usikkerhet. Ved et noe mildere beviskrav blir dette tatt hensyn til, men slik at en fortsatt ivaretar hensynet til tiltalte ved at rimelig tvil skal komme denne til gode. Det gis dermed plass for mer usikkerhet ved spørsmål om tilregnelighet før denne blir så stor at den må komme den tiltalte til gode(det vil si klassifiseres som ”rimelig”) sammenlignet ved spørsmål om tiltalte har begått den straffbare handlingen.¹⁴⁷

Høyesteretts dom inntatt i Rt 2003 s 23

At beviskravet ved tilregnelighet er mildere er stadfestet blant annet i Rt 2003 s 23. I saken var en tidligere ustraffet 42 år gammel kvinne tiltalt for overtredelse av strl §§ 291, og 292(grovt skadeverk). Grunnlaget for tiltalen var hendelser 5.5.2000, der tiltalte satte fyr på leiligheten sin for deretter å forlate bygningen. Brannen medførte betydelig skade. Tiltalte ble pågrepet kort tid etterpå utenfor bygget og ble brakt til legevakten for prejudisiell vurdering. Vakthavende lege konkluderte med at tiltalte ikke var psykotisk. Dette til tross ble det medio mai oppnevnt to rettspsykiatriske sakkyndige for å foreta en judisiell observasjon. Deres konklusjon på spørsmålet om utilregnelighet jf strl § 44 var at tiltalte ikke var psykotisk i gjerningsøyeblikket. De sakkyndige uttaler om dette i erklæringen:

¹⁴⁵ Strandbakken(2003) s. 407

¹⁴⁶ Jf Rosenqvist(2008) s. 7-8, og Rosenqvist(2002) s. 1.

¹⁴⁷ Strandbakken(2003) s. 407

”Selv om det er rom for en viss tvil her, mener de sakkyndige at det er overveiende sannsynlig at Obs ikke var sinnssyk på tiden for de påklagede handlinger.”(min uth)¹⁴⁸

Dette betyr at ut i fra erklæringen isolert sett var tiltaltes tilregnelighet bevist med overveiende sannsynlighet. De sakkyndige la og til grunn at tiltalte i tiden etter den straffbare handlingen ikke hadde vært psykotisk. Den rettsmedisinske kommisjon mente imidlertid at beslutningsgrunnlaget for erklæringen var svakt, men aksepterte konklusjonen.¹⁴⁹

Ved behandlingen i Høyesterett i avdeling var spørsmålet om det var stilt for beskjedene krav til bevisene for at domfelte var tilregnelig da den straffbare handling ble begått, jf strl § 44. Anken ble av retten forkastet, også denne avgjørelsen var enstemmig. Når det gjelder bevisføringsplikten og beviskravet uttaler førstvoterende dommer Stang Lund:

”Ut fra de alminnelige prinsipper om bevis ved bedømmelse av skyldspørsmålet innebærer dette at påtalemyndigheten må bevise at tiltalte er tilregnelig på gjerningstidspunktet. Kravet til bevisets styrke er nærmere angitt i Rt-1979-143...”(min uth)¹⁵⁰

Beviskravet blir med dette bekreftet å være mildere en ved spørsmålet om tiltalte har begått de påklagede handlingene. Det følger implisitt av uttalelsen at det er det alminnelige beviskravet i strafferetten som anvendes.¹⁵¹ Det presiseres også at det er påtalemyndighetene som har bevisføringsplikten.

¹⁴⁸ Se Rt 2003 s 23 (avsnitt 9).

¹⁴⁹ Se Rt 2003 s 23 (avsnitt 9).

¹⁵⁰ Rt 2003 s 23 (avsnitt 13)

¹⁵¹ På grunn av at det henvises til Rt 1979 s 143 der det tas utgangspunkt i det alminnelige beviskravet i straffesaker. Det er utgangspunktet for rettssetningen om at beviskravet ved spørsmål om tilregnelighet er mildere en ved spørsmål om tiltalte har begått de straffbare handlingene.

Det fremkommer av Høyesteretts redegjørelse for lagmannsrettens bevisbedømmelse at den rettspsykiatriske erklæringen ikke var det eneste grunnlaget for lagmannsrettens konklusjon om tilregnelighet.¹⁵² Det trekkes i denne forbindelse frem at erklæringen var enstemmig samt at tvilen bak konklusjonen var knyttet til tiltaltes manglende samarbeid. Videre er det lagt vekt på tiltales mange tvangsinnleggelser de forutgående 12 år, der hun ikke var ansett som psykotisk ved noen av dem. Også den prejudisielle vurdering ble vektlagt. Disse bevisene var sammenlagt etter lagmannsretten vurdering tilstrekkelig for å legge til grunn at tiltalte var tilregnelig. Jf uttalelsen i avsnitt 17

*”Lagmannsretten finner etter dette med **tilstrekkelig grad av sikkerhet** å kunne legge til grunn at tiltalte under ildspåsettelsen ikke var psykotisk og at hennes tilstand da hadde sammenheng med personlighetsavvik av annen art i kombinasjon med alkoholmisbruk.” (min uth).*

Til støtte for dette ble det vist til polititjenestemannens forklaring der denne bekrefter at tiltalte var beruset ved pågripelsen. Samt journalen fra legevakten som bekreftet det samme.¹⁵³

Jeg tolker bevisbedømmelsen i lagmannsretten slik at den samlede bevisverdien ble ansett å være høyere enn sannsynlighetsovervekt (som var sannsynlighetsgraden på bakgrunn av de sakkyndiges erklæring). Denne samlede bevisverdien sammenholdt med beviskravet etter Rt 1979 s 143 tilsa at bevisbyrden og beviskravet var oppfylt. Tiltaltes tilregnelighet var dermed tilstrekkelig godtgjort av lagmannsretten.

Ved Høyesteretts vurdering av lagmannsrettens lovanvendelse uttales det:

”Jeg kan ikke se at lagmannsretten har bygd på noen uriktig forståelse av bevisreglene ved bedømmelse av om A var tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Retten har tatt utgangspunkt i dommen i Rt. 1979 side 143. På grunnlag av de sakkyndiges rettspsykiatriske erklæring, deres forklaringer for lagmannsretten og

¹⁵² Se Rt 2003 s 23 avsnitt 17

¹⁵³ Rt 2003 s 23 (Avsnitt 17)

øvrige bevisførsel har retten etter en grundig drøftelse av As tilregnelighet med tilstrekkelig grad av sikkerhet funnet at hun ikke var psykotisk på gjerningstidspunktet. ”(min uth).¹⁵⁴

Med disse ord stadfestes rettssetningen fra 1979 dommen, og det presiseres at det er den samlede bevisverdien som må legges til grunn.¹⁵⁵ Denne bevisverdien ble i saken ansett å være tilstrekkelig for å godtgjøre tiltaltes tilregnelighet.

Etter mitt skjønn er reglene om beviskrav, bevisbedømmelse og bevisbyrden anvendt korrekt i både lagmannsrett og Høyesterett.¹⁵⁶

Forholdet mellom den juridiske og den rettspsykiatriske vurderingen

Når det gjelder forholdet mellom den juridiske og den rettspsykiatriske tilregnelighetsvurderingen uttaler førstvoterende i Rt 1979 s 143:

”Jeg nevner først at etter norsk rettspsykiatrisk praksis vil en konklusjon om sinnssykdom være bygd på at de sakkyndige finner det godtgjort at observanden er sinnssyk. Dersom de sakkyndige anser spørsmålet tvilsomt, blir konklusjonen at observanden ikke anses sinnssyk. Det er den sykelige tilstand som skal bevises. Men hvis de sakkyndige er i tvil om observandens sinnstilstand, må dette etter fast praksis komme til uttrykk i den rettspsykiatriske erklæring. Og selv om konklusjonen viser at de sakkyndige ikke har ansett tiltalte som sinnssyk på gjerningstiden, må den tiltalte likevel frifinnes for straff dersom retten - på grunn av premissene i den rettspsykiatriske erklæring eller av andre grunner - finner det tvilsomt om tiltalte var tilregnelig da den straffbare handling ble begått. Dette er også på riktig måte kommet til uttrykk i lagmannens rettsbelæring”(min uth).¹⁵⁷

¹⁵⁴ Se den anførte ratio desidendi i Rt 2003 s 23(avsnitt 18)

¹⁵⁵ Med den følge at dommens egenvekt og prejudikatverdi øker.

¹⁵⁶ Sett ut i fra min redegjørelse av bevislæren i kapittel 3 og 4.

¹⁵⁷ Rt 1979 s 143(s147)

Det følger av de siterte uttalelsene at den konklusjonen de rettspsykiatriske sakkyndige kommer til ikke uten videre er avgjørende for den juridiske vurderingen av tilregnelighetsspørsmålet. Retten må selv vurdere om beviskravet er oppfylt.

Rt 2003 s 23 er et godt eksempel på dette. Der ble det som vist ovenfor foretatt en grundig bevisbedømmelse på bakgrunn av det samlede bevismateriale i saken. Den rettspsykiatriske vurderingen ble således ikke ilagt avgjørende vekt.

Bevistemaet for de sakkyndiges vurdering er utilregnelighet jamfør uttalelsen om at ”det er den sykelige tilstand som bevises”. Skulle de sakkyndige komme til at tiltalte var tilregnelig vil den tvil som herunder fremkommer kunne føre til at vedkommende anses for utilregnelig. Det følger av uttalelsen om at ”den tiltalte likevel må frifinnes for straff” dersom retten fant spørsmålet tvilsomt.¹⁵⁸ Her ser vi at retten anvender beviskravet om at rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode, men slik at retten presumptivt legger til grunn ved anvendelsen av beviskravet at det er en fordel for tiltalte å frifinnes for straffekravet og dermed anses for utilregnelig. Det samme må gjelde for dommen i Rt 2003 s 23 der spørsmålet var om tiltalte måtte frifinnes for straffekravet på grunn av at beviskravet var anvendt feil. Dette ble som vist til ovenfor besvart benektende og tiltalte ble ansett som tilregnelig.

Rettstilstanden på bakgrunn av rettspraksis

På bakgrunn av de nevnte dommene kan det konstateres at dersom det foreligger noen rimelig tvil om hvorvidt tiltalte var tilregnelig skal denne komme tiltalte til gode slik at vedkommende frifinnes for straffekravet, og blir å anse som utilregnelig. Dette innebærer at en skal gå fri med mindre det er grunnlag for å idømme særreaksjonen tvungen psykisk helsevern i medhold av strl § 39.

I tråd med denne forståelsen uttales det videre at

”Lagretten må i tilfelle i den enkelte sak vurdere om det foreligger slik tvil om tilregneligheten at skyldspørsmålet bør besvares med nei. Ved denne vurdering

¹⁵⁸ Jf. også Strandbakken(2003) s. 403

må det etter min mening først og fremst legges vekt på hva de rettspsykiatrisk sakkyndige har uttalt, ikke bare i den rettspsykiatriske erklærings konklusjon, men også i premissene for denne konklusjon, og i de sakkyndiges muntlige forklaring under hovedforhandlingen”. (min uth)¹⁵⁹

Også her blir det presumptivt lagt til grunn ved anvendelsen av beviskravet at det er til gunst for tiltalte å frifinnes for straffekravet.

Tilsynelatende er beviskravet ved tilregnelighet klart. Ved rimelig tvil skal tiltalte anses som utilregnelig og frifinnes for straffekravet.¹⁶⁰ Videre er beviskravet ved tilregnelighet noe mildere sammenlignet ved spørsmålet om den tiltalte har begått de påklagede handlingene.

Er foreliggende rettspraksis uttrykk for gjeldende rett også der tiltalte ønsker å bedømmes som tilregnelig?

Etter gjennomgangen av de sentrale dommene om beviskravet ved tilregnelighet oppstår spørsmålet om beviskravet med dette er tilstrekkelig avklart. Vil det beviskravet som kan utledes av dommene være anvendelig i alle situasjoner?

De nevnte dommene gjelder situasjonen hvor den tiltalte selv ønsker å bli bedømt som utilregnelig, men det er ikke alltid tilfellet. I enkelte saker ønsker den tiltalte å bedømmes som tilregnelig.¹⁶¹ Begrunnelsen må naturligvis være at denne anser det som fordelaktig. På denne bakgrunn vil jeg legge til grunn at beviskravet som kan utledes av rettspraksis ikke nødvendigvis vil være anvendelig der tiltalte ønsker å bli bedømt som tilregnelig. Hvilket beviskrav som gjelder i disse tilfellene fremstår som uavklart. Dermed oppstår problemstillingen om hvilket beviskrav som gjelder i denne situasjonen.¹⁶²

¹⁵⁹ Rt 1979 s 143(s 147)

¹⁶⁰ Bøhn(2012) merknad til § 44

¹⁶¹ Bøhn(2012) merknad til § 44

¹⁶² Se redegjørelsen under kapittel 5. Pkt 2.4

Hvorfor kan det være en fordel å anses for tilregnelig?

Før jeg går nærmere inn i problemstillingen skal jeg redegjøre for hvorfor det vil kunne være fordelaktig for tiltalte å bedømmes som tilregnelig.

Årsaken vil kunne variere i den enkelte sak. Men kan si at det er en konsekvens av rettsreglene slik de er utformet i dag. Den som anses som utilregnelig kan idømmes særreaksjonen tvungen psykisk helsevern etter strl § 39 (forutsatt at de øvrige betingelser er tilstede).¹⁶³ Tiltalte risikerer dermed et opphold på ubestemt tid på psykiatrisk institusjon, eventuelt også senere i anstalt under kriminalomsorgen jf pshvl§ 5-6. Dette vil i realiteten kunne føre til et betydelig lengre opphold sammenlignet med hva en risikerer i straff for de aktuelle lovbrudd.¹⁶⁴ Det må videre anses som mer belastende med en tidsubestemt reaksjon(på grunn av uvissheten om fremtiden som dette medfører)sammenholdt med en tidsbestemt der en har et konkret tidsperspektiv å forholde seg til. Fra den tiltalte sitt ståsted vil det i denne situasjonen ikke nødvendigvis oppleves som et ”gode” å anses som utilregnelig.¹⁶⁵

Hvilken straff tiltalte risikerer vil også være med å avgjøre hvorvidt det er fordelaktig å anses for utilregnelig. Illustrerende eksempler gir Hamsun og Quistling sakene like etter 2 verdenskrig. I begge sakene risikerte tiltalte dødsstraff eller lange fengselsstraffer dersom spørsmålet om tilregnelighet ble besvart positivt. Fra tiltaltes ståsted måtte det da anses som fordelaktig å slippe straff. Quistling saken er egnet til å belyse det. Her ble spørsmålet om tilregnelighet besvart positivt, og Vidkun Quistling ble idømt dødsstraff.¹⁶⁶ I Hamsun saken var det negativt svar på spørsmålet om tilregnelighet.¹⁶⁷

¹⁶³ Først og fremst når det anses nødvendig for å verne samfunnet, og det foreligger gjentakelsesfare. Se nærmere vilkår i strl § 39.

¹⁶⁴ Jf også Syse(2006) s. 21

¹⁶⁵ Argumentet vil imidlertid ikke komme til sin rett der det ikke foreligger gjentakelsesfare eller øvrige betingelser for overføring til tvungen helsevern ikke er tilstede. Slik at tiltalte derfor ikke risikerer overføring til tvungen psykisk helsevern jf strl § 39. Da vil det å anses for utilregnelig medføre frifinnelse fra straffekravet, og den tiltalte blir fri. Dette må kunne anses for en fordel.

¹⁶⁶ Se Rt 1945 s 109

¹⁶⁷ Se Ram-49-136.

Umiddelbart fremstår dette som en fordel for Hamsun, sett hen til hva en straff kunne ha blitt. Det kan imidlertid stilles spørsmålstegn ved om dette fra han ståsted utelukkende kunne oppfattes som en fordel. I erstatningssaken mot ham ble det lagt til grunn at han led av varig svekkede sjelsevner. Han tapte også all sin formue. Klassifiseringen av Hamsun medførte at han ble frarøvet både autonomi og ansvar, samt ble redusert til et vesen uten viten og forstand.¹⁶⁸ Fra tiltaltes ståsted vil ikke det nødvendigvis oppleves som fordelaktig, men kan snarere oppleves som meget belastende og stigmatiserende. Dette må antas å gjelde på generelt grunnlag for dem som erklæres utilregnelige på grunn av psykose eller psykisk utviklingshemming i dag. At en slik erklæring kan virke stigmatiserende er således et selvstendig argument for at det vil kunne være en fordel å anses for tilregnelig.¹⁶⁹

Det må likevel være klart at i det tilfelle at tiltalte risikerer dødsstraff eller livslang fengselsstraff, så må erklæring om utilregnelighet innebære en fordel.¹⁷⁰ Etter nåtidens straffelovgivning vil normalt ikke straffen vedkommende risikerer være så hard at dette argumentet får betydelig vekt.

I tillegg til disse perspektiver kan man trekke frem det synspunkt at det vil kunne være diskriminerende ovenfor mennesker med alvorlige psykososiale handikap å frata dem retten til å stå ansvarlig for sine handlinger.¹⁷¹

Konvensjon om funksjonshemmedes rettigheter

Støtte for dette syn gir konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (heretter omtalt CRPD). Konvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 13. desember 2006. Norge undertegnet 30. mars 2007, men har ennå ikke ratifisert konvensjonen.¹⁷²

¹⁶⁸ Se Hellesnes(2012)

¹⁶⁹ Lund (2012)

¹⁷⁰ Jf også Hellesnes(2012)

¹⁷¹ Jf Lund(2012)

¹⁷² Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (se hjemmesiden på internett)

*”Ratifisering betyr at man påtar seg en folkerettslig forpliktelse til å etterleve konvensjonens bestemmelser. Undertegning innebærer en forpliktelse til ikke å handle i strid med konvensjonens formål og betyr at man tar sikte på å ratifisere på et senere tidspunkt.”(min uth)*¹⁷³

Det følger av CRPD art 1 første ledd at

”Konvensjonen har som formål å fremme, verne om og sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne full og likeverdig rett til å nyte alle menneskerettigheter og grunnleggende friheter, og å fremme respekten for deres iboende verdighet.”(min uth)

Konvensjonen gjelder personer med ”nedsatt funksjonsevne”. Etter art 1 annet ledd har også de personer med mental og intellektuell funksjonsnedsettelse ”nedsatt funksjonsevne”. Da det ikke er tatt noen uttrykkelige forbehold mot psykotiske personer eller personer med psykisk utviklingshemming må også de som etter strl § 44 er utilregnelige av slike årsaker være omfattet av konvensjonens bestemmelser.

Etter CRPD art 12 nr 2 skal de berørte persongruppene ha rettslig handleevne på lik linje med alle andre på alle områder. Ut i fra en naturlig ordlydsfortolkning av begrepet rettslig handleevne må dette innebære en rett til å stifte rettigheter, plikter samt å pådra seg ansvar som alle andre. Det er følgelig **en menneskerett å pådra seg ansvar for sine handlinger**. Ut fra det kan det konstateres at det vil innebærer direkte diskriminering å frata noen rett til å bli holdt ansvarlig på grunn av funksjonsnedsettelsen. Dette følger også direkte av art 2 tredje ledd, som definerer diskriminering som enhver forskjellsbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne.

På denne bakgrunn må det kunne hevdes at det for tiltalte må anses for fordelaktig å anses som tilregnelig.

¹⁷³ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet(se hjemmesiden på internett)

Det fremstår etter dette som klart at det i noen tilfeller må anses som fordelaktig for den tiltalte å bli å anse som tilregnelig. Det syn er fremmet av blant andre Hellesnes som uttaler at

”Det er neppe ei utbreidd oppfatning at det alltid er bedre å bli frådømt vit og forstand enn å bli anerkjent som tilrekneleg.”(min uth)¹⁷⁴

Hensynet til tiltales egne preferanser

En del av problemstillingen er hvordan tvil om tiltaltes tilregnelighet skal slå ut i de tilfellene denne ønsker å bedømmes som tilregnelig. Skal tiltaltes egne preferanser vektlegges ved anvendelsen av beviskravet?

Illustrerende er Agder lagmannsretts dom fra 2009(Agder-saken).¹⁷⁵ I saken ble en tidligere straffet 33 år gammel mann dømt i Tingretten for overtredelse av strl §§ 227 annet straffalternativ jf. 232 tredje pkt, § 352 a samt brudd på våpenloven. Grunnlaget for punktene i tiltalen var at tiltalte skal ha fremsatt trusler skikket til å fremkalle alvorlig frykt, under særdeles skjerpene omstendigheter ved og uprovosert rette et skytevåpen mot en annens hode. Videre var grunnlaget at tiltalte skal ha fremkommet med drapstrusler ovenfor en annen. Tiltalte ble og dømt for flere brudd på våpenloven ved blant annet å ha hatt rifle uten bæretillatelse samt flere andre typer våpen.

Ved ankesaken for lagmannsretten ble tiltalte ansett som utilregnelig på grunn av rusutløst psykose jf strl § 44 og i medhold av strl § 39 nr 1 overført til tvunget psykisk helsevern. Dommen var enstemmig.

Forsvareren anførte for lagmannsretten at

”det foreligger rimelig og fornuftig tvil om siktede var strafferettslig tilregnelig. Bevisbyrdereglene må, i følge forsvareren, også i dette tilfellet komme ham til

¹⁷⁴ Hellesnes(2012)

¹⁷⁵ LA-2009-089796. 09-10-2009

gode, slik at han ved relevant tvil anses tilregnelig, og følgelig ikke kan overføres til tvungent psykisk helsevern”¹⁷⁶(min uth).

Dette må tolkes slik at forsvareren i samråd med sin klient vurderer det dit hen at det er en fordel for vedkommende å stilles til ansvar for handlingene. Fremfor å bli erklært psykotisk og overført til tvungen behandling, og at de derfor er av den oppfatning at beviskravet må anvendes i tråd med tiltaltes ønsker.

Tvilen forsvareren nevner var i saken knyttet til hvorvidt psykosen som var en følge av selvforskyldt rus hadde en slik varighet at den tiltalte måtte anses for utilregnelig jf § 44. Utgangspunktet for vurderingen ble tatt i Rt 2008 s 549 der det er lagt til grunn at dersom psykosen varer mer enn en måned etter rusen er ute av kroppen skal tiltalte anses som utilregnelig etter § 44. Da de sakkyndige i saken hadde påvist psykotiske symptomer 25 dager etter den siste straffbare handling la retten til grunn at siktede ”utvilsomt var psykotisk”. Retten dermed ikke grunnlag for å foreta noe nærmere vurdering av forsvarerens anførsel.

Etter mitt skjønn illustrerer avgjørelsen at problemstillingen ikke vil bli aktuell der spørsmål om (u)tilregnelighet er utvilsomt. For eksempel er tiltalte klart utilregnelig spiller det ingen rolle om denne ønsker å bedømmes som tilregnelig. Videre vil en person som er klart tilregnelig ikke kunne velge å frifinnes for straffekravet ved å påstå at denne er utilregnelig. Det er nettopp i de sakene der det er tvil i forhold til tilregnelighet spørsmålet om tiltaltes preferanser aktualiseres. Da det i lagmannsretten *var utvilsomt* at tiltalte var utilregnelig ble ikke spørsmålet behandlet.

Høyesteretts avgjørelse i Rt 2010 s 346

Dommen fra Agder ovenfor ble anket til Høyesterett i 2010.¹⁷⁷ Det sentrale spørsmål for Høyesterett var hvordan man skal bedømme en psykose der det tar rundt en måned etter at lovbrysteren har sluttet og ruse seg før psykosen slipper taket. Her som i lagmannsretten ble det lagt til grunn at tiltalte hadde en psykotisk grunnlidelse som ikke

¹⁷⁶ LA-2009-089796. 09-10-2009 (s7 i dommen)

¹⁷⁷ Se Rt 2010 s 346

var en følge av selvforskyldt rus. Det ble ikke ansett for tvilsomt. Dermed ble tiltalte også i Høyesterett erklært utilregnelig. Da de øvrige vilkårene for overføring til tvungen psykisk helsevern ble vurdert å være tilstede ble anken forkastet.¹⁷⁸ Betydningen av den tiltaltes preferanser i tvilstilfeller kom derfor ikke på spissen i denne instansen heller.

Hvordan tvil i forhold til tilregnelighet skal slå ut for tiltalte der denne ønsker å bedømmes som tilregnelig står fremdeles som uavklart.

Betydningen av den prinsipale påstand

Beviskravet er formulert slik at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Hvordan tvil skal komme tiltalte til gode må etter mitt skjønn vurderes ut i fra hva som står på spill for tiltalte. Er den reaksjon tiltalte risikerer tvungen psykisk helsevern kan det være et gode å anses for tilregnelig, og i stedet blir straffet for forholdet. Dette grunnet redegjørelsen ovenfor der jeg slutter at det i en del tilfeller vil være et gode å anses for tilregnelig. Er det straff tiltalte risikerer vil det ofte være et gode å anses for utilregnelig. Dette forutsatt at det ikke er nedlagt subsidiær påstand om tvungen psykisk helsevern slik at tiltalte vil frifinnes for straff, og slippe tvungen behandling.

Jeg mener derfor at det er grunnlag for å hevde at påtalemyndighetenes valg av prinsipal påstand må få konsekvenser for hva som er bevistemaet,¹⁷⁹ og dermed anvendelsen beviskravet.¹⁸⁰ Herunder med hvilken styrke tilregnelighet må påvises. Dersom påtalemyndighetene legger ned påstand om tvungen psykisk helsevern etter strl § 39 jf. strprl § 2 nr 1 er bevistemaet utilregnelighet. Dette fordi det er et vilkår etter strl § 39 for å kunne overføres til tvungen behandling at vedkommende er utilregnelig. Beviskravet må da anvendes slik at rimelig og fornuftig tvil må komme tiltalte til gode i form av tilregnelighet. Man kan si at bevistema og beviskravet blir speilvendt i denne

¹⁷⁸ Dommen var enstemmig.

¹⁷⁹ Tilregnelighet eller utilregnelighet.

¹⁸⁰ Det er viktig å skille mellom begrepene ”påtalespørsmål” og ”påstand”. Påtalespørsmålet avgjøres av påtalemyndighetene i det de velger å unnlate å straffeforfølge et forhold, eller i det de tar ut en tiltalte mot siktede. Dette blir gjort ved saksforberedelsen. Påstanden i saken blir ikke nedlagt før etter hovedforhandlingens slutt da den totale bevisføring er gjennomført. Dette følger indirekte av strpl §§ 254 og 304.

situasjonen. Lyder derimot påstanden på straff etter strpl § 1 er bevistemaet tilregnelighet fordi dette er en betingelse for straff. Dersom tiltalte skulle bli å anse som tilregnelig etter den totale bevisføringen vil dette spørsmålet være avklart. Dermed vil det ved en behandling av straffekravet kun være nødvendig å ta stilling til de øvrige straffbarhetsbetingelsene.

Dersom dette synet legges til grunn vil betydningen av tvil ved spørsmål om tilregnelighet avhenge først og fremst av påtalemyndighetenes valg av prinsipal påstand. Dette må i så fall gjelde uansett hva som er prinsipal og subsidiær påstand.

Alminnelige godhetsbetraktninger taler etter mitt skjønn til fordel for denne løsning. Dersom det vil være et ”gode” for tiltalte å bli bedømt som tilregnelig må dette føre til at tvil skal gå i favør av tiltalte slik at denne anses som tilregnelig. Jeg mener videre at dette følger av en naturlig tolkning av beviskravet.

Mot dette kan det argumenteres at det vil være uheldig å gjøre anvendelsen av beviskravet relativt etter hva som etter den tiltaltes subjektive oppfatning er mest fordelaktig. På grunn av at det nettopp er straffekravet som i saker om straff som avgjøres.¹⁸¹ Dette argumentet er imidlertid av mindre verdi der påstanden eller spørsmålet som for retten er under behandling lyder på tvungen psykisk helsevern.

Hva tiltalte selv anser som fordelaktig må dermed være et relevant hensyn der det foreligger tvil. Er tiltalte utvilsomt utilregnelig vil ikke spørsmålet være aktuelt.¹⁸²

Anklage-og opportunitetsprinsippet

Til støtte for betydningen av påtalemyndighetene valg av påstand kan anføres grunnleggende prosessuelle prinsipper. Det følger av anklageprinsippet inntatt i strpl § 63 at *”domstolene trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget”* (min uth).¹⁸³ Videre følger det av opportunitetsprinsippet at påtalemyndigheten har en

¹⁸¹ Elden(2012)

¹⁸² Dette illustrert ved Agder-saken . I Rt 2010 s 346, og LA-2009-089796.

¹⁸³ Med påtaleberettiget menes en person med påtalekompetanse jf. strpl §§ 64 flg.

skjønnsmessig adgang til å avstå fra straffeforfølgelse.¹⁸⁴ Opportunitetsprinsippet innebærer at påtalemyndighetene står fullstendig fritt i forhold til hvorvidt, og eventuelt hvordan de ønsker å forfølge et straffbart forhold. Konsekvensen av dette er hevdet å være at påtalemyndighetenes utforming av tiltalen i utgangspunktet er bindende for domstolene.¹⁸⁵ At det skaper en ramme for domstolens behandling av saken. For eksempel slik at er det tatt ut tiltale på overføring til tvungen psykisk helsevern kan retten ikke behandle krav om straff. Ifølge Elden følger det av dette at dersom påtalemyndighetene ønsker at retten skal behandle krav om straff må de legge ned alternativ eller subsidiær krav om det i tiltalen.¹⁸⁶

Til støtte for et slikt syn kan anføres at statsadvokatene i tiltalen mot Anders Behring Breivik skriver at

”Påtalemyndigheten tar et uttrykkelig forbehold om at det likevel under hovedforhandlingen kan bli nedlagt påstand om fengselsstraff eller forvaring med tidsramme på 21 år, basert på den totale bevisføring i retten, hvilket tiltalte og forsvarerne må forberede seg på. I så fall kommer straffeloven § 62 til anvendelse.”(min uth)

Dersom påtalemyndighetene har forsømt å ta ut slik alternativ post i tiltalen er det hevdet at konsekvensen er at saken må gjenopptas etter begjæring fra påtalemyndighetene jf. strprl § 74 jf. §393 nr2. Dette på grunn av at straffekravet må anses for henlagt ved at det ikke er tatt ut subsidiær krav om straff i tiltalen.¹⁸⁷ Dette er imidlertid uavklart juss, og jeg kan ikke si meg enig i dette resonnementet.

Mot Eldens syn argumenterer Anders Bøhn som mener at retten ikke trenger noen ”invitasjon” fra påtalemyndighetene for å kunne behandle straffekravet å idømme

¹⁸⁴ Hov(2009) s.129-131

¹⁸⁵ Elden(2012)

¹⁸⁶ Elden(2012)

¹⁸⁷ Jf Elden(11.01.2012), og (27.01.2012)

straff.¹⁸⁸ I sin argumentasjon for det forutsetter han imidlertid at det er på grunn av at påtalemyndighetene ”*selvfølgelig*” vil ha klar et slikt alternativt straffekrav. Dette er slik jeg vurderer det noe selvmotsigende og bekrefter etter mitt skjønn Elden sitt syn. Fordi det at spørsmålet ikke vil komme på spissen i praksis på grunn av at påtalemyndighetene ikke vil unnlate å sørge for et slikt subsidiært krav vil ikke endre et slikt utgangspunkt.

Elden viser som begrunnelse til riksadvokatens rundskriv og hevder at det er i strid med god påtalepraksis å ta ut slik subsidiær tiltale dersom en har vurdert det dit hen at vilkårene for straff ikke er tilstede.¹⁸⁹ Dette er jeg ikke enig i da det i saker der det fremstår som tvilsomt om vilkårene er oppfylt må fremstå som mest hensiktsmessig å ta ut slik alternativ påstand. Dette må også følge av prosessøkonomiske hensyn.

Etter mitt skjønn må imidlertid strprl §§ 254 og 38 være avgjørende. Det følger av strprl § 254 tredje ledd at påtalemyndighetene under hovedforhandlingen står fritt til å foreta endringer i tiltalebeslutningen (dersom endringen gjelder samme forhold).¹⁹⁰ Det er herunder intet vilkår at det er tatt ut subsidiært krav i tiltalen for å kunne foreta slik endring. Dette må tale for at anklageprinsippet ikke er til hinder for at retten kan behandle krav om straff dersom spørsmålet om tilregnelighet besvares positivt under hovedforhandlingen.

Strprl § 38 kan anføres som begrunnelse for den samme løsning. Etter annet ledd er retten ved anvendelse av straffebud ikke bundet av tiltalen eller de påstander som er fremsatt der. Retten må imidlertid holde seg innenfor det forhold tiltalen gjelder jf. første ledd. Det er følgelig opp til retten å juridisk definere det forholdet tiltalen gjelder. Det følger av dette at det er påtalemyndighetenes oppgave å bringe et forhold (faktum) til domstolen, og at domstolens oppgave er å avgjøre reaksjon og straffebud på selvstendig grunnlag på bakgrunn av det foreliggende faktum.

¹⁸⁸ Se Bøhn (17.01.2012).

¹⁸⁹ Se Elden (27.01.2012). og RA-2010-168

¹⁹⁰ Dette følger av bestemmelsen sett i sammenheng, da det av annet ledd fremkommer at utvidelser i tiltalen som gjelder andre forhold bare kan foretas ved samtykke eller tilståelse fra den tiltalte.

En naturlig ordlydsfortolkning av tredje ledd gir holdepunkt for den samme løsning. Her står det at

”Før retten bruker et annet straffebud enn tiltalebeslutningen, eller idømmer en annen rettsfølge eller et større inndragningsansvar enn påstått, skal den gi partene anledning til å uttale seg om spørsmålet. Siktete skal få en passende utsettelse når retten finner det ønskelig for forsvare t.”(min uth)

Her er det uttrykkelig fastsatt at retten kan idømme en annen rettsfølge uavhengig av påtalemyndighetenes påstander, samt at retten kan anvende andre straffebud en tiltalen lyder på, forutsatt at partene får anledning til å uttale seg. Slik jeg tolker begrepet ”rettsfølge” betyr det hvilken reaksjon som skal anvendes på forholdet. Det vil si om tiltalte skal ilegges straff(herunder hvilken straffereaksjon som skal anvendes), tvungen psykisk helsevern eller tvungen omsorg. Retten står etter dette fritt til å anvende andre straffebud på forholdet, samt ilegge reaksjoner uavhengig av påtalemyndighetenes standpunkt i tiltalen eller ved valg av påstand.

Skulle dermed den situasjon oppstå at retten vil idømme straff på grunn av at de anser tiltalte for tilregnelig vil de på denne bakgrunn måtte ta det opp med partene å eventuelt høre om påtalemyndighetene selv vil endre påstand jf. § 254. Retten kan uansett endre selv på grunnlag av § 38. Partene må jf. § 38 tredje ledd få tid til å områ seg og eventuelt skaffe til veie nye bevis.

Etter mitt skjønn medfører gjennomgangen ovenfor at anklageprinsippet ikke binder retten på den måte som antatt ved en isolert vurdering av prinsippet. Dette grunnet bestemmelsen inntatt i strprl § 38 som gir retten kompetansen til å avgjøre hvilken rettsfølge som er korrekt og adekvat på bakgrunn av den totale bevisføringen i saken.¹⁹¹ Jeg mener imidlertid fortsatt at standpunktet ovenfor om valg av prinsippal påstand får betydning for *bevisskravet* ved tilregnelighet. På den måte at når retten behandler vilkår

¹⁹¹ Synspunktet er imidlertid ikke opplagt, og spørsmål er ifølge Anders Bøhn ikke avgjort før det har fått sin avklaring i retten. Se Bøhn(14.03.2012)

for tvungen psykisk helsevern etter påstand om dette må beviskravet anvendes i tråd med tiltaltes preferanser. Slik at tiltalte ved rimelig og fornuftig tvil må anses som tilregnelig.

5.2.4 Hvilket beviskrav gjelder der tiltalte ønsker å bli bedømt som tilregnelig?

Dersom tiltaltes preferanser er et relevant hensyn blir spørsmålet hvilket beviskrav som gjelder der denne ønsker å bli bedømt som tilregnelig. Spørsmålet får aktualitet i tilfellene der den prinsipale påstanden er tatt ut etter strpl § 2 nr 1 jf strl § 39, og det foreligger tvil om tiltaltes tilregnelighet. Her kan det argumenteres for at beviskravet er lavere en når påtalemyndighetene påstår straff og dermed tilregnelighet. Mer spesifikt at beviskravet for tilregnelighet i slike tilfeller må være ren sannsynlighetsovervekt.¹⁹²

Til illustrasjon kan vi tenke oss at det foreligger tvil etter de sakkyndige har avlagt sin erklæring, og den er blitt vurdert av den rettmedisinske kommisjon(RMK) jf strpl § 147. Det må da etter min mening følge av rettens ansvar for sakens opplysning jf strpl § 294 at retten ved de mer alvorlige saker må oppnevne ytterligere sakkyndige for å søke å eliminere tvil eller sannsynliggjøre tilregnelighet i henhold til beviskravet.

Dersom resultatet etter dette er at den ene erklæringen konkluderer med utilregnelighet, og den andre konkluderer med tilregnelighet vil det tilsynelatende foreligge 50% sannsynlighet for hvert alternativ. Hvilket i seg selv ikke er tilstrekkelig etter gjeldende beviskrav.¹⁹³ Det er likevel ikke gitt at begge erklæringene har nøyaktig same bevisverdi, og som vist til i Rt 1979 s 143 er det den samlede bevisverdi som skal legges til grunn. Retten står som nevnt fritt ved bevisbedømmelsen. Dermed vil man på bakgrunn av kvaliteten på de avgitte erklæringene, premissene for disse, de sakkyndiges forklaring for retten, etterfølgende omstendigheter og historikk¹⁹⁴ kunne komme til at det foreligger overvekt av sannsynlighet for at tiltalte var tilregnelig på handlingstidspunktet. Dersom tiltalte i en slik situasjon påstår tilregnelighet burde dette

¹⁹² Nord(2012), og Bøhn(2012)

¹⁹³ Det krever jo at en føler seg sikker, og angir dermed en sannsynlighetsgrad som er langt høyere en 50 %. Se nærmere om innholdet i det alminnelige beviskravet i straffesaker i kapittel 4.

¹⁹⁴ Historikk ble vektlagt i Rt 2003 s 23, og etterfølgende omstendigheter ble vektlagt i Rt 2010 s 346

tas hensyn til slik at tvilen kommer tiltalte ”til gode”. Det vil dermed kunne være plausibelt å operere med et beviskrav der ren sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, forutsatt at det er til fordel for tiltalte.¹⁹⁵

En dom som muligens fastelegger et slikt beviskrav er Rt 2008 s 549(Rusutløst Psykose”). Saken gjaldt overtredelse av strl § 233(forsettelig drap) på grunnlag av at tiltalte med øks hadde drept en han bodde sammen med. Spørsmålet var om tiltalte var tilregnelig når han hadde begått drapet i psykotisk tilstand utløst av amfetaminrus. Spørsmålet ble av retten besvart positivt, og lagmannsrettens dom ble dermed opphevet. Den generelle rettssetningen etter dommen er at rusutløst psykose ikke fritar for straff.

Det interessante i vår sammenheng er den konklusjonen de sakkyndige avga i saken og begrunnelsen for denne. Etter at de psykiatriske sakkyndige den 21.9.2006 avga erklæring om at tiltalte ikke var psykotisk på gjerningstidspunktet, uttaler de i begrunnelsen for denne konklusjonen:

*”De sakkyndige har i vurderingen av observanden lagt til grunn at han **mest sannsynlig** var å anse for psykotisk i medisinsk forstand i flere perioder fra innleggelsen ved årsskiftet og helt fram til tidspunktet for den påklagede handling. ... Imidlertid mener vi at observanden ikke var å anse for psykotisk i rettspsykiatrisk forstand, i og med at hans psykotiske symptomer **antageligvis** har hatt sin årsak i et omfattende rusmiddelmisbruk dokumentert både fra journaler, fra observanden selv og fra analysert blodprøve. De sakkyndige har diskutert om det kunne være mulig at observanden hadde en rusuavhengig psykoselidelse, men finner ingen indikasjoner på dette. ”(min uth)¹⁹⁶*

Denne begrunnelsen og konklusjonen la retten til grunn uten noen videre bevisførsel, tiltalte ble dermed ansett for tilregnelig på grunn av rusutløst psykose.¹⁹⁷ Slik jeg oppfatter dommen anvendte retten et beviskrav som lyder på sannsynlighetsovervekt

¹⁹⁵ Nord(2012)

¹⁹⁶ Jf. Rt 2008 s 549 avsnitt 16

¹⁹⁷ Jf. Avsnitt 17 og 18

ved spørsmål om tilregnelighet. Dette grunnet uttalelsen om han ”antageligvis” var psykotisk på grunn av rusen. I så fall vil dette måtte gjelde på generelt grunnlag ved spørsmål om tilregnelighet. Det må på denne bakgrunn være prosedabelt å anføre dommen som begrunnelse for dette resultat. Om Høyesterett dermed har fraveket den etablerte lære fra dommen i Rt 1979 s 143 vil gjenstå å se ved rettens behandling av fremtidige saker.

Hvilket beviskrav som skal anvendes ved spørsmål om tilregnelighet fremstår i skrivende stund uavklart. Dette grunnet at spørsmålet ikke har fått sin grundige behandling i domstolene.

5.2.5 Oppsummering

Fremstillingen viser at hvilket beviskrav som gjelder ved spørsmål om tiltaltes tilregnelighet i alle tilfeller er mildere en ved spørsmålet om vedkommende har begått den påklagede handlingen. Jeg argumenterer videre for at bevistema og dermed beviskravet vil avhenge av om den prinsipale påstand i saken lyder på straff eller tvungen psykisk helsevern. Fremstillingen viser også at beviskravet der den prinsipale påstand er nedlagt etter strpl § 2 nr 1 og tiltalte ønsker å bedømmes som tilregnelig muligens må være ren sannsynlighetsovervekt. I så fall er beviskravet ennå mildere en ved spørsmål om tilregnelighet der den prinsipale påstand er tatt ut etter strpl § 1. Ytterligere at dette kan være rettsstilstanden i alle tilfelle ved spørsmål om tilregnelighet jf. dommen fra 2008. Per i dag er dette uavklart juss og det gjenstår å se hvilket standpunkt domstolene vil ta til problemstillingen.

6 Rettspolitisk vurdering

I dette kapittelet skal jeg foreta en vurdering av de norske reglene for utilregnelighet de lege ferenda. Før jeg går inn på spørsmål i forhold rekkevidden til § 44, og de normative vurderingene anser jeg det for hensiktsmessig å redegjøre kortfattet for reglene sett i en historisk sammenheng. Videre hvordan de norske reglene om utilregnelighet skiller seg fra reglene i andre land og de internasjonale måtene å håndtere disse grunnleggende spørsmål. Dette fordi de illustrerer etter mitt skjønn at det system vi i Norge har i dag ikke nødvendigvis er det eneste alternative og kanskje heller ikke den beste løsningen på de grunnleggende spørsmål som ligger bak.

6.1 Sammenligning med internasjonale regler

Norsk rett hviler som nevnt på det medisinske prinsipp ved vurderingen av om en person er utilregnelig. Dette står i motsetning til de fleste andre land i verden der det kreves at ulike tilleggskriterier må være oppfylt i tillegg til diagnosen.¹⁹⁸ Fellestrekket for disse tilleggskriteriene er at det oppstilles krav om årsakssammenheng mellom tiltaltes tilstand og den straffbare handling. Sykdommen er i seg selv altså ikke tilstrekkelig for å slippe straff.¹⁹⁹ Spørsmål blir hvilken relevans tilstanden må få for den juridiske vurderingen av lovbrysterens handlinger, og retten må vurdere muligheten

¹⁹⁸ Hvordan disse er nærmere utformet i de enkelte land vil ikke bli gjenstand for behandling her, da dette vil føre for vidt i forhold til avhandlingens kjerne, samt at det heller ikke er nødvendig for å belyse den viktigste forskjellen mellom norsk rett og internasjonal rett. Jeg kan likevel kort nevne en av de mest brukte normene i angloamerikansk rett omtalt ”M’ naghten”. Etter denne regel skal tiltalte anses utilregnelig dersom evnen til å forstå handlingens karakter og det rettstridige i denne er opphevet på grunn av tilstanden. Jf Syse(2006) s. 11. Redegjørelse for flere utilregnelighets standarder finnes i Syse(2006) s. 9-14 samt en oppsummering s 19.

¹⁹⁹ Syse(2006) s. 11

for å tillegge tiltalte skyld evne til tross for den mentale tilstanden/lidelsen.²⁰⁰ Dette en tilnærming langt mer i tråd med de grunnleggende strafferettsteorier enn den norske måten å håndtere dette på.²⁰¹ Den norske modellen reduserer i følge Syse spørsmål om tilregnelighet til et psykiatrifaglig spørsmål alene, basert på diagnostisk virksomhet.

Jeg kan ikke si meg helt enig i dette da det i tillegg til en klinisk diagnose er nødvendig å vurdere om tiltalte juridisk sett var psykotisk ved at tiltaltes forhold til virkeligheten i vesentlig grad var redusert. Det er i tråd med redegjørelsen om psykosebegrepet ovenfor der det fastslås at det er en juridisk psykosediagnose som er straffriende, ikke en klinisk psykosediagnose alene.²⁰² Det er imidlertid slik at den kliniske diagnosen får betydelig vekt ved vurderingen.

Både internasjonalt og i norsk rett er alltid det overordnede spørsmålet hvorvidt vedkommende må tillegges skyld og ilegges straff, eller må frifinnes på grunn av utilregnelighet.²⁰³

En av begrunnelsene for at slike kausalitetskriterier ikke er innført i norsk rett er angivelig at spørsmålet er av mer filosofisk karakter enn medisinsk/psykiatrisk.²⁰⁴

6.2 Utilregnelighetsbestemmelsene i et historisk perspektiv

Problemstillingen om alle kan pålegges straff uavhengig av deres personlige forutsetninger er et moralfilosofisk problem der grensen mellom strafferettslige og moralske spørsmål er sterk. Problemstillingen er grunnleggende og har vært gjenstand for debatt så lenge lovbrudd er blitt møtt med reaksjoner fra samfunnets side.²⁰⁵

²⁰⁰ Skyld evne betyr som nevnt at vedkommende har intellektuell evne til å treffe rasjonelle valg.

Herunder at en kan velge å handle på ulike måter samt forstå at valget vil få ulike konsekvenser. Se kapittel 2.3.

²⁰¹ Syse(2006) s. 11

²⁰² Se kapittel 2.3.1.

²⁰³ Syse(2006) s. 11

²⁰⁴ Syse(2006) s.12

²⁰⁵ Syse(2006) s.6-7

Bestemmelser om utilregnelighet har eksistert i norsk rett allerede siden Magnus Lagabøters norske landslov fra 1274-76, og videreført i landskapslovene og landslovene i tiden etter dette frem til kriminalloven av 1842. Kriminalloven anvendte både det medisinske og det blandede prinsipp. Hvilket betyr at det i tillegg til sinnslidelsen måtte visse tilleggskrav være oppfylt for å unnslippe straff. Kriminalloven anga detaljert hvilke tilstander som skulle kvalifisere for utilregnelighet, men åpnet ikke for særreaksjoner for denne gruppen. Det oppsto dermed et problem vedrørende hvor man skulle gjøre av disse lovbrysterne, og på grunn av dette ble det satt i gang arbeid med å lage ny straffelov.²⁰⁶ Ved den nye loven av 1902 var problemet i forhold til forpleiningen av denne gruppen løst. For de ”farlige” lovbrysterne innførte loven nå sikring for utilregnelige og forvaring for de tilregnelige som begge var tidsubestemte reaksjoner. Begrepet sinnssyk ble også utvidet ved at de med mangelfullt utviklete og/eller varig svekkede sjelsevner ble omfattet av reglene om tilregnelighet. I denne loven ble det medisinske og det psykologiske prinsipp lagt til grunn for reglene om tilregnelighet.²⁰⁷ Etter det psykologiske prinsipp må det i tillegg til en psykisk lidelse foreligge en manglende evne til å forstå at han eller hun har handlet rettstridig.²⁰⁸ Loven videreførte dermed det blandede system. I § 44 skulle de som var bevisstløs eller sinnssyk frifinnes for straff(det medisinske prinsipp) og blant andre de med svekkede sjelsevner skulle frifinnes dersom tilstanden hadde ført til at tiltalte forøvrig var utilregnelig(det psykologiske prinsipp).²⁰⁹ Loven ble fra internasjonalt hold ansett som meget vellykket og moderne da den tilsynelatende hadde løst håndteringen av de brysomme, og utilregnelige forbrytere. I årene som fulgte skulle det vise seg at loven ikke fikk sin tilsiktede virkning. En av årsakene var at de bestemmelsene om forvaring og sikring som i tråd med intensjonen skulle sørge for inkapasitering av enkelte utilregnelige og tilregnelige ikke ble benyttet i praksis.²¹⁰

²⁰⁶ Syse(2006) s.14-15

²⁰⁷ Syse(2006) s.15

²⁰⁸ Syse(2006) s.19

²⁰⁹ Syse(2006) s.15-16

²¹⁰ Syse(2006) s.16

Reglene ble på denne bakgrunn revidert og lovendring ble gjennomført året 1929. Nå ble det medisinske prinsipp alene lagt til grunn i § 44 samtidig som det ble åpnet for bruk av sikring innenfor et større tidsrom en tidligere.²¹¹

Endringene fra 1929 ble stående uforandret frem til ”sikringsreformen” vedtatt i 1997.²¹² Det er disse reglene som er gjeldende i dag og de blir med den nye straffeloven av 2005 videreført tilnærmet uforandret i § 20.²¹³ Loven av 2005 trer antagelig i kraft i 2014 eller 2015.²¹⁴

Ved vedtaket fra 1997 ble det gjort språklige endringer i § 44 ved at ”sinnsyk” ble erstattet med ”psykotisk” og ”psykisk utviklingshemming i høy grad”. Videre ble ordningen med tvungen psykisk helsevern og tvungen omsorg innført, og forvaring ble gjeninnført som straffereaksjon.²¹⁵ Endelig ble lempingsregelen fra 1902 gjeninnført i § 56 lita c for lovbrøtere med nedsatt tilregnelighet.²¹⁶ Forslaget om å innføre en fakultativ staffrihetsbestemmelse for de med nedsatt tilregnelighet som ikke faller inn under § 44 ble avvist.²¹⁷ Heller ikke den foreslåtte bestemmelsen knyttet sinnstilstanden til ugjerningen slik de utenlandske reglene gjør.²¹⁸

6.3 Favner straffrihetsbestemmelsen for vidt?

Spørsmålet her er om strl § 44 på grunn av det medisinske prinsipp rammer videre en formålet bak reglene tilsier.

²¹¹ Syse(2006) s.16

²¹² Ikrafttredelse 1 januar 2002. Se Syse(2006) s.16

²¹³ Jf Matningsdal(2011). Merknad til strl av 2005 § 20

²¹⁴ Jf Matningsdal(2011). Merknad til strl av 2005.

²¹⁵ Se strl §§ 39, 39 a, og 39 c.

²¹⁶ Syse(2006) s. 17

²¹⁷ Det vil si at bestemmelsen om fritagelse fra straff gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering ved avgjørelsen av spørsmålet. Jf Syse(2006) s. 17

²¹⁸ Syse(2006) s. 18

Frem mot slutten av 1800 tallet var begrunnelsene for straff og utformingen av strafferetten motivert ut fra Kant sin filosofi om at straffen burde reflektere handlingens grovhet(straffverdighet). Fra århundreskiftet overtok en mer nytteorientert tilnærming til disse grunnleggende spørsmål. Den sentrale begrunnelsen bak strafferettens regler var nå hensynet til individual-og allmennprevensjon.²¹⁹ Det vil si at straffen etter sin intensjon skal virke adferdsstyrende.²²⁰ Som nevnt tidlig i denne avhandlingen vil ikke straffeloven virke etter sitt formål dersom de utilregnelige lovbreakere straffes. Dette grunnet at persongruppen antas å ikke ha skyld og kan dermed ikke bebreides for sin ugjerninger. Resultatet er da at straff ikke vil virke adferdsstyrende på denne gruppen lovbreakere.²²¹

Konsekvensen av å frifinne lovbreakere utelukkende på grunnlag av det medisinske prinsippet er at lovbreakere med mentale lidelser og som faktisk har skyld også er omfattet av fritaket.²²² Dette fordi det ikke vurderes om vedkommende til tross for sinnstilstanden hadde skyld og herunder om utvist skyld. Det er med andre ord ingen krav om sammenheng mellom tilstanden og handlingen. Det er dermed slik at personer med manglende tilregnelighet likevel kan være å bebreide for sine handlinger der disse på tross av sinnslidelsen hadde skyld. Et eksempel kan være en som dreper en annen under vrangforestillingen at denne har vært ”på kona hans”. Selv om vedkommende er å anse som psykotisk kan han likevel være i stand til å utvise skyld.²²³

At personer med mentale lidelser som faller inn under § 44 men som likevel har skyld unnslipper straff fremstår etter mitt skjønn som meget urettmessig og i strid med grunnleggende rettferdsbetraktninger. Dette taler etter min mening for at rettstilstanden på dette punkt må endres. Illustrerende her er den situasjon som kan oppstå dersom Breivik i terror saken skulle bli å anse for utilregnelig og dermed frikjent for strafferettslig ansvar. Blir det i tillegg lagt til grunn at det ikke foreligger

²¹⁹ Se Syse(2006) s.7. Om denne begrunnelsen er rasjonell problematiseres i blant annet rettssosiologien av Mathiesen(2011).

²²⁰ For kilder om dette se kapittel 2.2

²²¹ Se kapittel 2.2

²²² Se Bratholm(2003) s. 363

²²³ Se Bratholm(2003) s. 363

gjentakelsesfare slik at vilkårene for tvingen psykisk helsevern ikke er tilstede vil resultatet være at Breivik blir fri mann.²²⁴ Dette fremstår etter mitt syn som et uholdbart alternativ i en sak som denne. Selv om dette er en særdeles alvorlig straffesak vil rettstilstanden kunne falle uheldig ut også i andre straffesaker.

I samsvar med dette syn uttaler således Aslak Syse følgende om det medisinske prinsipp:

”Etter mitt syn oppstår dilemmaene først når utilregnelighetsbestemmelsene utstrekkes til å omfatte personer som har innsikt i egen situasjon, og i det klanderverdige i eget handlingsvalg, men like fullt ikke finnes å kunne rettslig ansvarliggjøres, ut fra ”firkantede” rettsregler. Det medisinske prinsipp er en slik regel.”(min uth)²²⁵

Det medisinske prinsipp er begrunnet med at dette ”gir de feil som vi best kan leve med”(min uth). Herunder at det er verre å idømme en person uten skyldene straff, enn det er å frifinne en person på grunnlag av utilregnelighet selv om denne i realiteten hadde evne til å utviske skyld.²²⁶

Dette synspunktet er jeg enig i, men jeg er av den oppfatning at den uheldige konsekvensen av reglene slik de er utformet i dag er unødvendig. Dette fordi man kan unngå dette ved nettopp å innføre et årsakskrav i § 44. Da vil man ivareta formålet bak straffeloven ovenfor alle lovbrytere ved at de uten skyldene da slipper straff(på grunn av at de ikke kan bebreides), samtidig som de med skyldene pålegges straff(som vil kunne virke adferdsstyrende). Dette er også i samsvar med hvordan problemstillingen er løst internasjonalt.

²²⁴ Dette er slik saken fremstår nå mindre sannsynlig, men dette kan bli resultatet i andre saker.

²²⁵ Se Syse(2006) s.20

²²⁶ Se Rosenqvist(2002) s. 1

Etter en konkret og helhetlig vurdering mener jeg derfor at det foreligger en rettstilstand som favner videre enn formålet bak loven skulle tilsi. At dette tilsynelatende er en intendert virkning endrer således ikke på dette.

At det kan anses for fordelaktig å bedømmes som tilregnelig må også tale for at flest mulig bedømmes som tilregnelig. Dette tilsier at vurderingen av hvem som skal fritas for straff må være streng.²²⁷ I tråd med dette uttaler Syse at

”...erfaringene trekker i retning av å begrense utilregnelighetsregelen til alvorlige former for sinnslidelser, eventuelt supplert med et innvirkningsaspekt i forhold til det konkrete lovbruddet. Dette fører til at flere personer vil bli vurdert som strafferettslig tilregnelige og derved kunne møtes med alminnelige reaksjoner som vi andre blir møtt med ved brudd på samfunnets normer.”(min uth)²²⁸

Det innvirkningsaspektet som nevnes her henviser til et årsakskrav i tillegg til sinnstilstanden.

De grunnleggende rettferdshensyn, formålsbetraktninger, samt særstillingen på området internasjonalt taler således for at reglene må vurderes på nytt.

6.4 Er strafferettens system diskriminerende ovenfor personer med mentale lidelser?

Det følger som vist ovenfor av CRPD at det er en menneskerett å få pådra seg ansvar for sine handlinger.²²⁹ Det vil dermed innebære direkte diskriminering å frata noen rett til å bli holdt ansvarlig på grunn av funksjonsnedsettelsen. Dette følger direkte av art 2 tredje ledd, som definerer diskriminering som enhver forskjellsbehandling på grunn av

²²⁷ Også Syse argumenterer for dette syn. Se Syse(2006) s. 21

²²⁸ Syse(2006) s. 21-22

²²⁹ S.35 flg

nedsatt funksjonsevne. I forlengelsen av dette fastlegger art 14 nr 1 litra b at nedsatt funksjonsevne ikke i noe tilfelle skal rettferdiggjøre frihetsberøvelse.

Det er således klart at det i henhold til denne konvensjonen er diskriminerende å særbehandle noen på grunn av manglende eller nedsatt tilregnelighet.

En av de som har argumentert for at dette synet må legges til grunn i norsk rett er Ketil Lund. Han mener at det er både dehumaniserende og diskriminerende å særbehandle mennesker på grunn av mentale lidelser på strafferettens område. Dette grunnet at reglene fører til at disse menneskene blir fratatt sin autonomi, og ansvarlighet. Noe han mener at fører til en krenkelse av både deres menneskeverd og rettigheter. Som ifølge ham får sine mest destruktive utslag innenfor tvangspanykatrien.²³⁰ Dette er jeg enig med Lund i.

Syse trekker også frem at en strafferettslig reaksjon vil føre til at lovbyrteren blir tatt mer på alvor som medmenneske.²³¹ Uttalelsen underbygger etter mitt syn argumentet om det stigma som eksisterer i forhold til dette.

Synspunktet om at det er en menneskerett å få stå til ansvar er videre fremmet i forarbeidene av Nils Christie som fastlegger som et utgangspunkt at mennesker ” *både har rett og plikt til å stå til rette for sine handlinger*” (min uth)²³²

På denne bakgrunn har jeg kommet til at dagens regelverk som særbehandler lovbyrtere utelukkende på grunnlag av deres mentale forutsetninger(jf det medisinske prinsipp) uten å vurdere spørsmål om skyldene er diskriminerende.

²³⁰ Se Lund(2012)

²³¹ Syse(2006) s. 21

²³² Se NOU 1974:17 s. 145

6.5 Oppfordring/forslag til lovgiver om revisjon av utilregnelighetsbestemmelsene

Avslutningsvis i denne fremstillingen ønsker jeg å fremme et forslag til en alternativ måte å løse de underliggende og grunnleggende problemer som straffelovens bestemmelser i forhold til utilregnelighet hviler på. Jeg vil i denne forbindelse komme med argumenter i forhold til hvorfor det er behov for å tenke nytt/alternativt. Slik jeg ser det kan en slik alternativ løsning føre til at noen av de uheldige virkninger med reglene faller bort samtidig som de hensyn som ligger bak fortsatt blir ivaretatt. Dette vil jeg søke å belyse i det følgende. Formålet her er å sette søkelyset på disse grunnleggende og moralfilosofiske spørsmål, og derved skape en debatt slik at lovgiver forhåpentligvis får en ytterligere oppfordring til å se nærmere på dette.

Hvorfor er det behov for en korrigering av rettstilstanden?

Før jeg går inn på en drøftelse av hvordan reglene om utilregnelighet bør være anser jeg det for hensiktsmessig med en forklaring på hvorfor det er nødvendig å tenke nytt.

Som det fremkommer ovenfor mener jeg at det foreliggende regelverk er diskriminerende ovenfor mennesker med psykiske lidelser.²³³ Denne paternalismen må etter mitt syn tale sterkt for å innskrenke tilregnelighets bestemmelsens anvendelsesområde, eventuelt avskaffe hele bestemmelsen.

Et argument som kan anføres for dette syn er de rettssikkerhetsmessige svakheter som ligger i de vurderingene bak tiltaltes tilregnelighet. Som påpekt av blant andre Rosenqvist har systemet mange feilkilder i forhold til vurderingen.

Ifølge henne er vurderinger knyttet til sinnstilstander det sakkyndige bevis som er mest skjønnspreget. Denne skjønnsmessige vurderingen består av i hovedsak tre ledd. Der innslag av skjønn vil melde seg i alle leddene. Først i forhold til hvilken informasjon/fakta som skal anses for relevant og legges til grunn i vurderingen. For det annet hvilken diagnose som er korrekt. Til slutt ved vurderingen hvorledes tiltaltes tilstand forholder seg det juridiske kriteriet i § 44.²³⁴ Herunder påpeker hun at det er av

²³³ Som nevnt er synet også fremmet av Ketil Lund i klassekampen 2012

²³⁴ Jf Rosenqvist(2008) s. 7-8, og Rosenqvist(2002) s. 1.

stor betydning at de sakkyndige og domstolen er klar over begrepenes juridiske definisjoner. Det er i følge henne ikke gitt at en kliniker skjønner innholdet i det juridiske kriteriet. Det ligger i dette en feilkilde ved at dette muligens ikke alltid vil være tilfelle. Erfaring viser videre at sakkyndige ofte tilstreber enighet fremfor å belyse usikkerhetsmomenter. Rettspsykiatriske vurderinger inneholder følgelig usikkerhetsmomenter.²³⁵ Det vil heller ikke alltid være slik at eventuell tvil blir presentert for retten slik at vurderingen får et falskt skinn av sikkerhet. Terror saken er egnet til å belyse dette poeng ved at det i saken har vært fire sakkyndige som har kommet frem til to erklæringer med motsatt resultat. Herunder har den ene av dem(Husby) uttalt til norsk presse at de *”aldri har vært i tvil om konklusjonen”* av Breivik som utilregnelig.²³⁶

En annen mulig feilkilde i forhold til vurderingen av tilregnlighet er den mangelfulle opplæringen av de rettspsykiatriske sakkyndige. Blant annet på grunn av beskjeden mengde obligatorisk undervisning under studiet.²³⁷

Et argument mot at reglene har rettsikkerhetsmessige svakheter er at det ved tvil vil kunne foretas flere uavhengige sakkyndige vurderinger, samt at den rettsmedisinske kommisjon også skal etterprøve denne. Videre er det således retten som på bakgrunn av den totale bevisførsel i saken som skal avgjøre spørsmålet om tilregnelighet. Til sammen vil dette kunne eliminere en del av de foreliggende usikkerhetsmomenter. Jeg mener imidlertid at det uavhengig av dette er så mye tvil rundt vurderinger av tilregnelighet(nettopp på grunn av det betydelige innslaget av skjønn) at dette må tale for at reglene må revurderes.

I tillegg til de nevnte feilkildene kan det oppstå vanskelige grenser mellom ekstremisme og psykose som kan føre til at de som foretar svært alvorlige lovbrudd feilaktig blir å anse som utilregnelig. Årsaken til det vil kunne være slike feil ved vurderingen av

²³⁵ Jf Rosenqvist(2008) s. 7-8, og Rosenqvist(2002) s. 1.

²³⁶ Jf Norsk telegrambyrå. 29.11.2011

²³⁷ Jf Rosenqvist(2002) s. 2.

tilregnelighet sammenholdt med at psykose begrepet muligens ikke godt nok dekker den alvorlige virkelighetsbrist som må foreligge for å frifinnes for straff.²³⁸

Et dagsaktuelt eksempel er den vanskelige grensedragningen de sakkyndige må foreta i forhold til om slike holdninger Breivik representerer er et utsalg av ekstreme høyrepolitiske oppfatninger, eller om dette er resultatet av sykelige vrangforestillinger. Det faktum at den første rapporten om Breiviks tilregnelighet ikke problematiserer dette viser også en faglig sårbarhet.²³⁹

Konsekvensene av regleverket for denne gruppen lovbrytere er og et viktig argument for at det er behov for endring. Dagens regler muliggjør bruk av frihetsberøvelse i større grad en handlingens straffverdighet tilsier.²⁴⁰ Etter mitt skjønn strider dette mot alminnelige rettferdighetshensyn. Det innebærer også et brudd med grunnleggende hensyn til forholdsmessighet og forutberegnelighet i strafferetten.²⁴¹

Endelig er det argumentert for at systemet skaper et uheldig forhold mellom juss og psykiatri. Innesperring av lovbrytere på psykiatriske institusjoner av hensyn til samfunnsvern har ifølge Ketil Lund forkludret grensen mellom helseomsorg og vokteroppgaver, og samtidig bidratt til stigmatisering av hele gruppen funksjonshemmede.²⁴² Dette må jeg si meg enig i, samfunnsvernet burde først og fremst ivaretas av kriminalomsorgen.

Selv om det formelt er domstolens oppgave å ta stilling til tilregnelighetsspørsmålet er det hevdet at dommerne har en tendens til å ”abdisere” fra sitt ansvar, slik at det i realiteten er de rettspsykiatriske sakkyndige som avgjør spørsmålet for domstolen.²⁴³ Jeg vil tilføye at det samtidig innebærer en ansvarsfraskrivelse, og en maktoverføring dra domstolen til psykiatrien.

²³⁸ Jf Rosenqvist sitert av Madsen(2012) s. 3

²³⁹ Jf Madsen(2012) s. 2

²⁴⁰ Jf Syse(2006) s. 6

²⁴¹ Jf Syse(2006) s.27

²⁴² Lund(2012) s. 2. Tilsluttet av Hellesnes(2012)

²⁴³ Jf Rosenqvist sitert av Madsen(2012)

På denne bakgrunn mener jeg at det er på høy tid at reglene får en grundig gjennomgang. I det følgende skal jeg komme med noen synspunkter i forhold til hvordan rettsreglene kan utformes.

De lege ferenda

På bakgrunn av redegjørelsen ovenfor mener jeg det er riktig å tillegge lovbreakere med psykiske handikap skyldene igjennom å fjerne utilregnelighetsbestemmelsen. Videre må også særreaksjonene ovenfor denne gruppen avskaffes. Hensynet til en rettferdig og human strafferettspleie tilsier en slik løsning. De hensyn som begrunner denne bestemmelsen kan fortsatt ivaretas gjennom en alminnelig skyldvurdering på lik linje med tilregnelige lovbreakere i dag. Dette vil ivareta hensynet til likebehandling, og den systematiske diskrimineringen av denne gruppen vil opphøre.

Synet er i samsvar med FNs høykommissær for menneskerettigheter som i 2009 uttalte følgende om CRPD:

”På strafferettens område krever anerkjennelsen av rettslig handleevne[legal capacity] for personer med funksjonshemninger at et forsvar basert på strafferettslig uansvarlighet med grunnlag i en mental eller intellektuell funksjonshemming, må avskaffes. I stedet må det anvendes funksjonshemmingsnøytrale normer om lovbruddets subjektive elementer, som tar i betraktning den individuelle tiltaltes situasjon.”(min uth)²⁴⁴

Det er i følge kommissæren de subjektive elementene som må avgjøre om det skal ilegges straff eller ikke. Med lovbruddets subjektive elementer tolker jeg gjerningspersonens eventuelle skyld. Følgene av et slikt standpunkt er at hvis vedkommende på grunn av nedsatt tilregnelighet ikke er å bebreide og ikke har utvist skyld må vedkommende frifinnes(da et grunnleggende vilkår for straff ikke er til stede). Har derimot tiltalte på tross av en mental lidelse eller defekt handlet med tilstrekkelig

²⁴⁴ Uttalt i menneskerettighetsrådets tiende sesjon januar 2009. Sitert av Lund(2012)

skyld burde han eller hun stilles til ansvar. Det følger etter min oppfatning av rettferdighetsbetraktninger.

Den nedsatte tilregneligheten kan det tas hensyn til under en straffeutmåling, og hjemmel for dette finnes allerede i strl § 56 litra c. Foreligger det en nærliggende fare for gjentakelse burde bestemmelsen om forvaring kunne anvendes også ovenfor denne gruppen. Dermed ivaretas også behovet for samfunnsvern.²⁴⁵ Har vedkommende derimot ikke utvist den nødvendige skyld vil det ikke være grunnlag for forvaring. De mennesker som på grunn av nedsatt tilregnelighet ikke har utvist skyld men trenger behandling må da vurderes som pasienter på alminnelig grunnlag etter psykisk helsevern loven(pshvl) kapittel 5. En tvungen behandling på institusjon med hjemmel i straffeloven kan ikke være et alternativ.

Også Syse mener det er rimelig at tvang overfor disse menneskene må gjøres med hjemmel i pshvl kapittel 5, han skriver i forhold til dette:

”Etter mitt syn vil det være mer rimelig å la personer som er strafferettslig tilregnelige, møtes med alminnelige strafferettslige reaksjoner, og at personer som oppfattes å være ”for mentalt utenfor” til å kunne gjøres strafferettslig ansvarlige, blir vurdert som alminnelige pasienter i psykisk helsevern, og ikke dømmes til å bli ”særpasienter”(min uth).”²⁴⁶

Lovbrytere med mentale lidelser som har utvist skyld og dermed ilegges straff burde samtidig få tilpasset soningsforholdene slik at deres spesielle behov blir ivaretatt av kriminalomsorgen. Herunder vil det kanskje være behov for å kunne tilby behandling under soning av straff.²⁴⁷ Spørsmål om hva slags straff slike lovbrøtere skal få, og hvordan soning skal gjennomføres er spørsmål som må avklares av lovgiver. Ved å

²⁴⁵ Jf også Lund(2012)

²⁴⁶ Jf Syse(2012) s. 24.

²⁴⁷ Jf også Lund(2012)

fjerne særreaksjonene og samtidig tilby denne gruppen behandling under soning av straff vil man samtidig eliminere de uønskede grenseflater mellom helsevesen og rettsvesen som nevnt ovenfor.

Man vil også ved å avskaffe utilregnelighetsbestemmelsen kunne straffe en del av de ”brysomme” gjengangere som i dag slipper unna på grunn av utilregnelighet, men som likevel er i stand til å forstå det klanderverdige i sine handlinger. I dag er dette en problematisk gruppe der rettsvesenet står maktesløse fordi det ikke er grunnlag for tvungen psykisk helsevern da det ofte er tale om mindre alvorlige lovbrudd.

Oppsummert kan det sies at en rekke fordeler vil kunne følge av en slik endring av rettstilstanden som foreslått ovenfor. Den systematiske dehumanisering og diskriminering vil opphøre. Samtidig som det ”uheldige” forholdet mellom helseomsorg og vokteroppgaver bortfaller. I tillegg er det sannsynlig at en del av de ”brysomme” gjengangere endelig kan få sin rettferdige straff. De grunnleggende hensyn bak dagens regler og formålet med straffeloven blir fortsatt ivaretatt på denne måte ved at de som er å bebreide får straff og de som ikke er det frifinnes. Behovet for samfunnsvern vil det og tas behørig hensyn til igjennom forvaringsinstituttet. Alt dette sett i sammenheng taler etter mitt skjønn for en endring av dagens rettstilstand, og jeg vil oppfordre lovgiver til å starte på denne oppgaven.

7 Litteraturliste

7.1 Juridisk litteratur

All, Jørgen. Rettergang og menneskerettigheter: den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess. Bergen Oslo 1995 ved universitetsforlaget.

Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 3 utg. Oslo 1962

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett. 4 utgave. Oslo 1997. Universitetsforlaget AS

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett. 5 utgave. Oslo 2004. Universitetsforlaget AS

Andenæs, Johs. Norsk straffeprosess. Bind I. 3 utgave. Oslo 2000.

Andenæs, Johs. Myhrer, Torgeir. Norsk straffeprosess. 4 utgave Oslo 2009
Universitetsforlaget.

Andenæs, Johs. Fliflet, Arne. Statsforfatningen i Norge. 2006.

Bratholm, Anders. Strafferett og samfunn. Alminnelig del. Oslo 1980.

Bratholm, Anders. Matningsdal, Magnus. Straffeloven med kommentarer. Bind 1 alminnelige bestemmelser. 2 utgave Oslo 2003. Universitetsforlaget.

Bjerke, Hans Kristian. Keiserud, Eirik. Sæther, Knut Erik. Straffeprosessloven kommentarutgave. Bind I. 4 utgave Oslo 2011 ved Universitetsforlaget.

Eskeland, stål. Strafferett. 2. utg. Oslo, 2006.

Eckhoff, Torstein, Tvilsrisikoen. 1943

Eckhoff, Torstein. Helgesen, Jan. Rettskildelære. 5 utgave Oslo 2001.
Universitetsforlaget.

Graver, Hans Petter. Alminnelig forvaltningsrett. 3 utg. Oslo 2007

Hov, Jo. Innføring i prosess. Oslo. 2009.

Knops oversikt over Norges rett, 12 utg. revidert av Kåre Lilleholt, Bergen 2003.

Mæland, Henry John. Innføring i alminnelig strafferett. 2 utgave. Bergen 1999.

Mathiesen, Thomas. Retten i samfunnet: en innføring i rettssosiologi. 6 utgave Oslo 2011.

Strandbakken, Asbjørn. Uskyldspresumpsjonen. Bergen 2003

Strandberg, Magne. Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærenes forutsetninger. Universitetet i Bergen 2010.

7.2 Tidsskriftsartikler

Kolflaath, Eivind. Bevist utover enhver rimelig tvil. Tidsskrift for rettsvitenskap (TFR) nr 2, 2011. Se idunn.no

Rosenqvist, Randi. Straffelovens medisinske prinsipp, utfordringer for den moderne psykiatri. Tidsskrift for rettsvitenskap (TFS) 2010-1. Se rettsdata.no

Rosenqvist, Randi. Rettspsykiatri i fortid, nåtid og fremtid. Tidsskrift for Den norske legeforening. Nr 1-10. Januar 2002

Rosenqvist, Randi. Vurderinger av rettsmedisinske bevis i straffesaker. Tidsskrift for strafferett (TFS) 2008-4. Se rettsdata.no

Syse, Aslak. Strafferettslig (u)tilregnelighet-juridiske, moralske og faglige dilemmaer. Tidsskrift for strafferett (TFS) 2006. Se rettsdata.no

7.3 Avisartikler

Lund, Ketil. Strafferettslig diskriminering. Klassekampen 4.1.2012.

Nord, Erik. Beviskrav for tilregnelighet. Dagsavisen 12.1.2012.

Thømt Ruud, Hans-Martin. Granly, Sindre. Vil argumentere for at Breivik skal straffes. Dagbladet 17.2.2012.

Madsen, Per Anders. Ingen visshet om det mentale. Aftenposten 11.2.2012

Hellesnes, Jon. Psykiatrien som overdommar. Klassekampen 17.1.2012.

7.4 Nettdokumenter

Elden, John Christian. Merknad til strl § 44. 2012. Se lovdata.no

Bøhn, Anders. Merknad til strl § 44. 2012. Se lovdata.no

Matningsdal, Magnus. Kommentar til straffeloven § 15 (i Note 79). 17.10.2011. Se rettsdata.no

Matningsdal, Magnus. Merknad til strl av 2005 (i note merket med *). 17.10.2011. Se rettsdata.no

Matningsdal, Magnus. Merknad til strl av 2005 § 20 (i note nr 125). 17.10.2011. Se rettsdata.no

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. FN-konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/tema/likestilling-og-diskriminering/funksjonsnedsettelse/fn-konvensjon-om-rettighetene-til-mennes.html?id=511768>

Norsk telegrambyrå AS. Breivik-sakkyndig:-Vi har ikke vært i tvil. 29.11.2011. Se retriever.no

7.5 Lover

Almindelig borgerlig straffelov (Straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10 (strl)

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven) av 17. juni 2005 nr 90 (tv1)

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22 mai 1981 nr 25 (strpl)

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) av 21 mai 1999 nr 30 (mrl)

Lov om skadeserstatning (Skadeserstatningsloven) av 13 juni 1969 nr 26 (skl)

Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (Psykisk helsevernloven) av 02 juli 1999 nr 62 (pshvl)

7.6 Forarbeider

Ot.prp. nr 90 (2003-2004)

Ot.prp. nr 87 (1993-1994)

NOU 1990:5

NOU 1974:17

NOU 1983-57

7.7 Rundskriv

Riksadvokatens rundskriv. RA-2001-04. Utilregnelighetsregler og særreaksjoner. Av Tor-Aksel Busch. Se lovdata.no

7.8 Avgjørelser fra høyesterett

Rt 2008 s 549 Rusutløst psykose

Rt 2001 s 1521

Rt 1998 s 11

Rt 1996 s 572

Rt 1999 s 14

Rt 2001 s 1467

Rt 2003 s 23

Rt1979 s 143

Rt 1967 s. 825

Rt 1995s. 1163

Rt 2010 s 346

Rt 1978 s 882

Rt 1945 s 109

Ram-49-136

7.9 Avgjørelser lagmannsretten

LA-2009-089796. 09-10-2009

7.10 Avgjørelser fra EMD

Barbera, Messegue and Jabardo v. Spain, Application no. 10590/83. 06.12.1988

Austria v. Italy, Application no. 788/60. 30.03.1963.

Telfner v. Austria. Application no. 33501/96. 20.03.2001.

7.11 Angloamerikansk praksis

England

Bracewell(1979) 68 Cr App R 44

7.12 Andre kilder

Andersen, Kjell. Frifunnet for straff dømt til erstatning. 1999. Se lovdata.no

Uttalelse av FNs høykommissær for menneskerettigheter avgitt i

menneskerettighetsrådets tiende sesjon januar 2009. A/HCR/10/48, 26.

Helgesen, Jan. Forelesning på Treider College i Rettskildelære. Oslo. Vår 2011.

